Luis Martínez Hernández

Comentarios a la reforma parcial del Código Penal Venezolano



EDICIONES DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA DEM

CARACAS / VENEZUELA / 2005

EDICIONES DEL CENTRO DE ESTUDIOS
JURÍDICOS Y POLÍTICOS DE LA DEM

Luis Martínez Hernández

Comentarios a la reforma parcial del Código Penal Venezolano



Colección
La Letra del Juez N° 1

CARACAS / VENEZUELA / 2005

© Ediciones del centro de Estudios Jurídicos y Políticos de la DEM
Colección «La Letra del Juez». N° 1

Diseño de Carátula: Williams Paredes

ISBN: 980-6760-08-5
Lf 48120053402936

Impreso en Venezuela - Printed in Venezuela

Impreso en Editorial Texto C.A.
Tiraje: 1.000 ejemplares
Caracas - Venezuela

OFICINA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA

La Oficina de Estudios e Investigaciones Jurídicas de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, creada mediante la Resolución No. 114 de fecha 18 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.155, de fecha 30 de marzo de 2005. Es un órgano de apoyo académico de la Dirección Ejecutiva, con el objeto DE promover la realización de estudios de importancia estratégica para la eficiencia institucional de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y del Poder Judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 15, numeral 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

A través de la elaboración de obras de fundamental importancia como lo son: "Memorias de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", "Estudio Analítico de la Constitución de la República de 1999", la cual contiene las sentencias de interpretación vinculante del Tribunal Supremo de Justicia, la Constitución para Jueces; entre otras.

La Oficina de Estudios e Investigaciones Jurídicas, dada su naturaleza, tiene como principal misión contribuir con los mejores y últimos avances en materia jurídica nacional e internacional en el derecho comparado; y tiene como visión alcanzar el nivel de un Centro Internacional de Investigaciones Jurídicas con capacidad de intercambio académico a través de convenios de reciprocidad intelectual con otros organismos, institutos públicos, universidades, fundaciones y entes homólogos, prestando un servicio de información jurídica especializada.

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN LA LETRA DEL JUEZ

La Colección la Letra del Juez es la concreción del esfuerzo del Tribunal Supremo de Justicia por tratar de llevar a la comunidad, en especial, a la comunidad de juristas del Poder Judicial de Venezuela una serie de trabajos científicos, artículos, revistas, libros y manuscritos, que en su mayor parte son inéditos, y cuya autoría recae en los miembros del Sistema Judicial Venezolano.

La presente Colección fue incorporada entre las actividades del Tribunal Supremo de Justicia a partir del año 2005 y es dirigida por el Magistrado de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia Dr. Luís Martínez Hernández. La Letra del Juez pretende ser un paso hacia delante que recoja la tarea investigadora y docente que realizan los jueces venezolanos. En sí mismo, la colección complementa los esfuerzos por difundir el pensamiento académico jurídico a través de la acomedida construcción de planteamientos y preposiciones que invitan al sano debate.

La Colección la Letra del Juez procura reflejar el espíritu investigador y literario de los jueces venezolanos, sus personalidades, sus posiciones y, especialmente, procura llenar el vacío académico sobre temas tan necesarios para la constitución seria, compartida y correcta del criterio que deberá tener un Juez en estos tiempos de cambio. La Letra del Juez no ha sido concebida, meramente, como un práctico e indispensable apoyo para el profesional, con temas de gran valor didáctico, que se centra en las áreas jurídicas y especialidades más básicas; al contrario, va mucho más allá, al reunir obras de muy variado contenido del Derecho.

La Colección de Letra del Juez en un reconocimiento a la tradición del Tribunal Supremo de Justicia por crear una cultura jurídica no sólo en la sociedad democrática venezolana, que se construye día a día, sino en cada uno de los miembros del sistema judicial venezolano.

Dirección Ejecutiva de la Magistratura (2005)

PRESENTACIÓN DE LA OBRA

La presente obra, Consideraciones Sobre la Reforma del Código Penal, es la culminación del esfuerzo de años de investigación del Magistrado de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia Dr. Luís Martínez Hernández. Esta magnánima e innovadora obra aspira recrear una visión reflexionada y cuidadosamente analizada sobre el Código Penal, a partir de una nueva relectura basada en la jurisprudencia y que al final nos ofrece un parámetro de referencia que sin duda, por un lado, se le hará al lector de genuina y juiciosa aplicación a la hora de comprender los conceptos y las recomendaciones que se exponen y por otro lado, con especial atención, contribuirá a mejorar la adopción de las decisiones en lo referente a la administración de justicia. Asimismo, su obra será de especial interés para servidores públicos de las ramas del poder y los órganos de control, miembros de organizaciones gubernamentales, abogados, periodistas y estudiantes.

Con este libro se continúa la tarea de promover y difundir las normas, fallos y doctrinas que componen el centro teórico del Derecho Penal y los temas vinculados al proceso de revisión que se plantea en su reforma. A través de una perspectiva jurisprudencial y con un método comparado nacional e internacional, Luis Martínez nos presenta un trabajo con un alto grado de homogeneidad que afronta el tratamiento integral de las diferentes cuestiones.

El Dr. Luís Martínez Hernández en más de 25 años de experiencia y como Profesor Agregado de la cátedra de Derecho Penal y el Post-grado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Política de la Universidad Central de Venezuela, ha hecho importantes aportes, pero en esta oportunidad nos presenta un obra sin comparación como resultado de su acreditado interés por transmitir el conocimiento, lo cual, es lo constituyente de su innegable espíritu docente. No obstante, el Dr. Luís Martínez Hernández aúna a su interés docente la utilidad profesional, pues los asuntos abordados adquieren una notable trascendencia en la práctica penal.

Luis Velázquez Alvaray
Director Ejecutivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura

Colaboradores

- María I. Dupuy
- Alegría L. Belilty B.
- José Tadeo Saín S.

Agradecimientos

- Carlos Pérez Fernández,
- Enrique Pérez Ledezma,
- José Luis De Sousa G.,
- María I. Dupuy,
- Alegría L. Belilty B.,
- José Tadeo Saín S.,
- Carlos Luis Becerra S.

Índice

Capítulo III
La Prescripción de la Acción Penal en la Ley de Reforma Parcial del Código Penal

Capítulo IV

Prólogo

I

La Obra "Comentarios a la Reforma Parcial del Código Penal Venezolano" de Luis Martínez Hernández, profesor de la Escuela de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en su Sala Electoral, representa un significativo aporte en este momento histórico en el que el Derecho Penal Venezolano está siendo sometido a una revisión coyuntural, determinada por la obsolescencia del sistema normativo vigente y las evidentes necesidades de actualización que el control social punitivo exige frente a los cambios acaecidos en el comportamiento de la delincuencia, cada vez más violenta, intensa y eficaz, en la provocación de daños a los bienes que formalmente protege el Derecho Penal.

Desde la perspectiva de su contenido, se trata de una Obra compleja; conformada por cuatro Capítulos, siendo el Primero dedicado a la Evolución Histórica de la Codificación Penal Venezolana; el Segundo al Veto Presidencial en Venezuela, tema este, que si bien no corresponde directamente al Derecho Penal sino al Derecho Constitucional, ha estado vinculado recientemente a la cuestión penal por haber vetado el Presidente de la República la reforma parcial del Código Penal, hecho éste que generó interesantes polémicas en el foro penal venezolano. Estos Capítulos, reflejan el conocimiento de El Autor en el desarrollo descriptivo de determinadas temáticas, sin desviar su atención de la finalidad informativa y académica de la materia seleccionada. Él, en el caso en concreto del Capítulo relativo al Veto Presidencial, el mismo ejemplifica la materia vetada con un cuadro en el que se aprecian los cambios generados en la propuesta normativa a partir del veto, cambios estos que no se valoran en este Prólogo por no ser su objeto en esta oportunidad.

El Tercer Capítulo de La Obra contiene un ensayo reflexivo sobre la Prescripción Penal, y en el mismo El Autor propone conceptualizaciones doctrinarias y de carácter normativista que permiten al lector ubicar la cuestión desarrollada, tanto dentro de la doctrina patria como de la internacional. En este orden de ideas, en La Obra, se determinan claramente y con apoyo jurisprudencial las diferencias apreciables entre caducidad y prescripción, así como las diferentes categorías que tiene esta última dentro del sistema legal venezolano.

Si bien es cierto que el profesor Luis Martínez Hernández es crítico en algunos aspectos relacionados con el tratamiento que le dio el Legislador a la materia de la Prescripción, como en el caso de señalar que la reforma fue una oportunidad para lograr una total armonización entre el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal; también lo es que él considera, en general, positiva la reforma en materia penal al suprimir toda alusión a la pena de presidio por su inadmisibilidad dentro del sistema jurídico penal venezolano, debido al hecho de que el presidio conllevaba a la aplicación de trabajos forzados, en abierta violación a los Derecho Humanos reconocidos constitucionalmente y mediante Tratados Internacionales ratificados por Venezuela. Así mismo, al comentar su adhesión al cambio de paradigma en materia de sanciones pecuniarias, admitiendo para la sanción de multa a las unidades tributarias en substitución de los montos pecuniarios fijos, en virtud de los efectos de la inflación.

En el Capítulo Cuarto, La Obra contiene un exhaustivo estudio de las normas penales de los Libros Segundo y Tercero del Código Penal que fueron objeto de reforma o inclusión en el texto normativo. El Autor realiza un significativo estudio metodológicamente muy importante, por cuanto aplica el método analítico-estructural para determinar cada uno de los elementos conformadores de cada tipo penal delictivo o calificado como falta punitiva. En cada caso, realiza un desarrollo doctrinario actualizador; apoyado en la dogmática penal internacional y nacional. En el estudio de cada hecho punible incorpora jurisprudencia nacional o extranjera, para sustentar sus posiciones e igualmente determina de una manera clara y orientadora los cambios sufridos por las normas reformadas.

Particular interés merece el estudio realizado a los artículos 140 y 296-A del Código Penal. En el primer caso, referido al delito de terrorismo,

El Autor asume la posición doctrinaria desarrollada por la Jurisprudencia Colombiana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual, el terrorismo es un delito ...*proditorio, protervo y proteico, que hace víctimas, en particular, a las poblaciones de los Estados en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en todas partes. Al terrorismo se le considera un delito internacional, contra el derecho de gentes y por eso se han organizado más coaliciones universales para enfrentarla*.

En relación con el segundo delito comentado, el tipificado en el artículo 296-A, se trata de un nuevo tipo penal que criminaliza aquellas formas dolosas de comportamiento que, a nuestro modo de ver, representan una forma muy particular de terrorismo psicológico en los espacios sociales, institucionales o políticos que reciban el impacto de las falsas informaciones construidas con el propósito de crear situaciones del pánico colectivo.

Ambos delitos son de gran importancia nacional e internacional, toda vez que, la degradación de la ética social y política propende al aprovechamiento del desarrollo tecnológico y comunicacional para crear formas de dominación a partir del terror y el pánico social.

De igual forma debe considerarse la posición que asume El Autor al hacer sus comentarios favorables a los artículos 357 y 360, mediante los cuales se reformó el artículo 358 del tradicional delito contra los medios de transporte y comunicación, toda vez que, indudablemente, las nuevas fórmulas normativas actualizan las modalidades de comportamiento que lindan, en algunas oportunidades, con el delito de terrorismo anteriormente señalado, como serían las acciones tendentes a generar siniestros, daños o accidentes en las vías de comunicación o las voladuras de puertos, aeropuertos u otros espacios especiales de las vías de comunicación, afectando gravemente la fluidez comunicativa material, bien sea aérea, acuática o terrestre.

El profesor Martínez Hernández es conteste con El Legislador al aceptar que el asalto a los conductores y medios de transporte y taxistas puede estar ubicado dentro de este tipo penal, apoyando su criterio en la

particular naturaleza pública del servicio de transporte y en el interés colectivo de dichas actividades.

En materia de los Delitos contra las Buenas Costumbres y el Buen Orden de las Familias, cabe destacar que realiza una excelente actualización doctrinaria, crítica y de gran valor didáctico para la interpretación técnico-jurídica realista de los hechos, en base a la gravedad, la afectación de la libertad sexual y las particulares condiciones de las víctimas, toda vez que contemporáneamente las legislaciones especiales le han dado nuevos perfiles a éstas, tomando en cuenta sus particulares condiciones humanas y sociales, como serían los casos de los niños y adolescentes y las mujeres victimizadas por la violencia familiar.

Es de indiscutible valor el aporte actualizador doctrinario que hace El Autor en materia de delitos contra las personas, apoyando su posición en autores patrios, aunque, con una lectura adecuada a las necesidades de interpretación de la doctrina a las realidades del control social punitivo. De igual manera es notorio el apoyo jurisprudencial que se aprecia en La Obra en esta significativa materia donde el bien jurídico-penal objeto de la protección es la persona humana integralmente considerada, tanto desde la perspectiva corporal, como desde la espiritual y de su significación social.

Idénticos valores caracterizan el desarrollo jurídico-analítico que se puede apreciar en La Obra, en materia de Delitos contra la Propiedad, en los que el autor reconoce el valor de nuestros penalistas tradicionales al asumir sus criterios doctrinarios para sentar cátedra posicional en sus comentarios a las normas tipificadoras de los delitos analizados.

En esta materia, muestra La Obra detallado análisis en el caso del delito de extorsión, artículo 459, y de secuestro, artículo 460, con lo cual El Autor le reconoce un particular valor a la reforma penal.

En el estudio del primer tipo penal, esto es el correspondiente de la extorsión, lo asume como un delito pluriofensivo en el sentido de que el tipo tutela tanto la libertad como la propiedad, al ordenarse simuladamente en nombre de la autoridad o al infundirse un temor específico a la víctima, afectándose su voluntad, y, a su vez, se le exigen actos que afectan el patrimonio económico.

Los medios de coacción psicológicos, es decir las órdenes falsas de autoridad o las amenazas de graves daños deben ser idóneas, como lo ha exigido, desde siempre la doctrina. Al aceptar El Autor, este requisito lo hace fundamentándose en autores como Carrara, Gómez, Soler o Fontán, maestros de indudable valía doctrinaria internacional.

Lo importante, señala El Autor, es que la orden simulada o el temor infundado cumplan el efecto de doblegar toda resistencia de la víctima.

Con referencia al artículo 460, se puede apreciar claramente que se trata, según El Autor, de otro delito de carácter pluriofensivo que afecta también a los bienes jurídicos libertad y propiedad, que se perfecciona al conjugarse los efectos nocivos sobre los bienes tutelados, esto es al momento de privar de libertad y de exigir un beneficio, no importando para su consumación que el beneficio patrimonial no se produzca, puesto que la voluntad criminal se materializa con la exigencia que exprese "el ánimo de lucro" del agente criminal.

El Autor, técnicamente aclara cada comportamiento colateral al tipo básico del secuestro, esto es, aquellos comportamientos indispensables para que el secuestro se materialice, o para que la extorsión se lleve a cabo. A estos comportamientos El Autor los denomina "Formas de Autoría y Participación en el Delito de Secuestro".

Se comentan acertadamente en La Obra los secuestros agravados haciéndose énfasis en las víctimas cuando estas sean niños, adolescentes, ancianos o personas enfermas, en las que aumenta su situación de peligro por el hecho de ser secuestradas; de igual manera se hace referencia a las demás circunstancias agravantes y al hecho de que el delito se cometa por móviles políticos, enfatizando en estos casos de degradación de las acciones políticas de naturaleza criminógena que El Legislador ha debido considerar al Secuestro por Móviles Políticos como una expresión especial del Delito de Privación Ilegítima de la Libertad y no como un Delito Contra la Propiedad. Tal crítica al Legislador es absolutamen-

te válida puesto que el bien jurídico protegido en estos casos es el Derecho Humano de Participación Política y no la Propiedad. Igual crítica hace El Autor al Delito de Secuestro en los casos en que se pretende afectar la Administración de Justicia, mediante aquellas acciones en las que se privan de la libertad a determinadas personas para exigir como contraprestación la liberación o canje de personas condenadas por los tribunales de justicia penal.

Los comentarios de El Autor sobre el Delito de Secuestro en los casos en que el comportamiento delictivo no afecta el derecho de propiedad deben servir de orientación a El Legislador para que, en su oportunidad, se hagan los correctivos técnico-jurídicos correspondientes y se ubiquen los tipos penales en el Título acorde con el bien jurídico protegido.

Finalmente El Autor hace comentarios a los Delitos de Aprovechamiento de Cosas Provenientes de Delito, a la Alteración de Linderos, Invasión de Terrenos y Perturbación de la Posesión, así como al Libro Tercero correspondiente a las faltas de naturaleza penal, que permiten definir el perfil correspondiente de los tipos penales indicados.

II

La Reforma Penal hecha en marzo del corriente año, ya lo afirmamos, es una Reforma Coyuntural que autores como Zaffaroni la ubicarían en lo que se denomina Derecho Penal de Emergencia, donde se conjugan diversos intereses políticos y sociales, sin dársele prioridad a la Política Criminal como la ciencia que debe orientar, las reformas penales que las sociedades demandan, a fin de crear más que reformas normativas, reformas integrales del sistema penal en toda su complejidad; esto es, la institucional, la socio-criminológica y la normativa, puesto que proponer y lograr únicamente las reformas normativas sólo permitirá la generación de cambios que terminarán alimentando área retribucionista del sistema de control social punitivo, más no generarán cambios significativos que socialmente puedan evaluarse como realmente positivos, puesto que al no crearse condiciones político-criminales reales, que afecten el núcleo de los factores criminógenos de la sociedad, la reforma penal, normativa, servirá de poco.

Es loable el esfuerzo que ha realizado El Legislador, es valiosa la actualización en algunas materias, pero la gran tarea está por hacerse, la gran tarea que se corresponda con la realidad histórica que Venezuela demanda, la gran creación de un verdadero sistema de justicia penal que inspirado en la realidad crimonógena y en la experiencia político-criminal internacional puede conducir a nuestra Nación por los claros caminos de una justicia penal más real y menos simbólica.

III

Finalmente, solo nos queda por decir, que en La Obra que hoy prologamos se encuentran elementos esclarecedores del avance reformista, aunque este avance sea incompleto, por carecer un apoyo de carácter estratégico de naturaleza social, que inspirado en la actualidad política criminal le permita a Autores como el profesor Martínez Hernández brindar a Venezuela su sapiencia y su voluntad de servicio más allá de los límites del universo normativo.

Dr. J. Martínez Rincones
Director CENIPEC-ULA *

* CENIPEC: Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela.

Introducción

La reforma parcial del Código Penal venezolano (GO número 5768 Extraordinario, de fecha 13 de abril de 2005), presenta las novedades siguientes: En el Libro Primero, Título VIII, se modificó el artículo 96; y en el Capítulo X, los artículos 108, 110 y 112, que establecen, el primero el principio de la acumulación jurídica de penas (multas) para el caso del concurso de delitos, y los tres últimos, el nuevo régimen de la prescripción penal (acción y penas); en el Libro Segundo (parte especial), se modificaron un grupo de tipos penales, se incorporaron dos nuevos injustos típicos: el 296-A y el 471-A y fueron suprimidos los artículos 143 y 393; y en el Libro Tercero, una falta, la contenida en el artículo 508 que pasó a ser el artículo 506. Se trata de la reiteración, lamentable, de una política legislativa destinada a reformar parcialmente el Código Penal venezolano que poco o nada ha contribuido a desarrollar y consolidar nuestra doctrina penal. Todo pareciera indicar que el esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo de Justicia, que presentó, un nuevo código penal, fue desestimado sin que se haya producido ninguna discusión. De allí que, sería deseable una profunda reflexión sobre la importancia de este tema, tal como merecidamente se ha producido con otros textos legislativos de menor entidad que la sustantividad penal.

En el cuadro que a continuación se transcribe se refleja de manera esquemática el contenido de la reforma parcial del Código Penal venezolano.

		Artículos Modificados		Artículos Suprimidos	Artículos Nuevos
		Anterior	Reformado		
Libro Primero (Parte General)	Título VIII	96	Igual		
		108	Igual		
	Título X	110	Igual		
		112	Igual		
Libro Segundo (Parte Especial)	Título I Capítulo I	128	Igual		
		140	Igual		
				143	
	Capítulo II	148	147		
		149	148		

		Artículos Modificados		Artículos Suprimidos	Artículos Nuevos
		Anterior	Reformado		
Libro Segundo (Parte Especial)	Título III Capítulo VII	216	215		
	Título V Capítulo II	284 285 286	283 284 285		
	Capítulo IV				296-A
	Título VI Capítulo III	320	319		
	Título VII Capítulo II	358 361	357 360		
	Título VIII Capítulo I	375 376	374 375		
	Capítulo IV			393	
	Título IX Capítulo I	408 409	406 407		
	Capítulo VII	444 446 452	442 444 450		
	Título X Capítulo I	453 455	451 453		
	Capítulo II	457 458 459 460 461 462	455 456 457 458 459 460		
	Capítulo V	472	470		
	Capítulo VI	473 474	471 472		471-A
Libro Tercero (Faltas en General)	Título I Capítulo VIII	508	508		
		34 artículos modificados: (6 que permanecieron con igual numeración y 28 con cambio en la numeración)		**2 artículos suprimidos**	**2 artículos nuevos**

El presente trabajo que hemos denominado Comentarios a la Reforma Parcial del Código Penal Venezolano, contó con la determinante colaboración de María Inmaculada Pérez Dupuy, Alegría Lilian Belilty Benguigui y José Tadeo Saín, todos profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a quienes agradezco el tiempo y dedicación empleada para completar estos comentarios que constituyen un esfuerzo dirigido, especialmente, a los estudiantes de la carrera de derecho y también como un sincero homenaje a los jueces penales venezolanos. Se trata, como fácilmente puede advertirse de su lectura, de una obra sencilla que recoge la doctrina de rigor, así como la jurisprudencia de los tribunales y del Tribunal Supremo de Justicia en materia penal, que aspiramos sea gran utilidad para la consulta diaria, repetimos, a los estudiantes y jueces penales del país.

Finalmente, sólo nos resta decir, que no obstante haber incursionado en esta tarea, motivados quizás porque se trataba de una reforma parcial que fue objeto de múltiples controversias a nivel de foro jurídico penal, tanto por el veto presentado por el Presidente de la República, como por el discurso polémico de algunos especialistas sobre la incorporación de nuevos tipos penales quienes denuncian la inconstitucionalidad de algunos de ellos. Porque si la cuestión hubiese sido sobre un *nuevo código penal*, que es nuestro deseo, nos hubiésemos limitado al trabajo relacionado con el veto presidencial que en fin de cuentas es el tema que elaboramos inicialmente y que luego se convirtió en estas notas.

Por último, deseo expresar sincero reconocimiento a los jóvenes integrantes de mi Despacho, quienes asumieron el reto de trabajar con seriedad y responsabilidad las tareas encomendadas, en especial a Miguel Torrealba asistente de mi Despacho quien controló el cumplimiento de estas actividades. En fin, sin todas las colaboraciones recibidas jamás hubiese existido este libro que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura acordó publicar.

Capítulo I

Evolución histórica

SUMARIO:
1. Código Penal del 19 de abril de 1863. 2. Código Penal del 20 febrero de 1873. 3. Código Penal del 14 de mayo de 1897. 4. Código Penal de 1904. 5. Código Penal de 1912. 6. Código Penal de 1915. 7. Código Penal del 15 de julio de 1926. 8. Reforma del 30 de julio de 1964. 9. Reforma del 20 de octubre de 2000.

En Venezuela han tenido vigencia siete Códigos Penales.

1. Código Penal del 19 de abril de 1863

Bajo la Presidencia de José Antonio Páez. Tuvo 4 meses de vigencia. Con ello se derogan las normas dictadas durante la Presidencia de Juan Crisóstomo Falcón 15-03-1858.

- Es una variante del Código Penal Español de 1848, en el texto se utilizan indiferentemente los términos culpable y delincuente, contiene en su artículo 1° el Principio de Legalidad de la Pena. En cuanto a la duración de las penas, la mayor es de cinco a 10 años de presidio cerrado con cadena y con respecto a los efectos de las mismas se contempla la inhabilitación absoluta para cargos públicos y derechos políticos durante el tiempo de la condena, aunque dichos cargos fueran de elección popular.

- Se prohíbe la ejecución de una mujer sentenciada a muerte que estuviere encinta, hasta cuarenta días después del parto y asegurada la lactancia del hijo. Consagra además, el libre ejercicio de cultos y en consecuencia incurren en penalización los que ultrajen con palabras o gestos los ritos o prácticas de un culto.

- Entre los delitos se establece como tal el duelo, el de amenaza y coacción.

2. Código Penal del 20 febrero de 1873

Se promulga el Segundo Código. Tuvo una vigencia de 24 años.

- Una de las innovaciones de este texto legal es que se suprime la pena de muerte.
- En cuanto a la Responsabilidad Civil, este Código es mucho más extenso que el anterior.
- La prisión para las mujeres podía ser cumplida en los hospitales sino existiesen establecimientos penales para ello. En tanto si el condenado por impedimento físico no pudiere cumplir la pena corporal ésta podía ser conmutada por una equivalente.
- Es extenso y detallado en cuanto a la venta de productos y sustancias estupefacientes que puedan ser nocivas para la salud.
- Se refiere por primera vez a los delitos del Clero Católico contra la Jurisdicción Nacional. Se establece claramente una subordinación del Clero al Ejecutivo Nacional y al Congreso de la República.
- Consagra por primera vez los delitos de Responsabilidad de la Fuga de Presos, los delitos privados, incluye el plagio (venta de personas) y el delito de abandono de niños.

3. Código Penal del 14 de mayo de 1897

Inspirado en el Código Zanardelli, se dicta el tercer Código Penal. A este le siguen los códigos penales de 1904, 1912 y 1915.

- Consagra la Retroactividad de la Ley cuando favorece al reo.
- No se admite por ningún motivo la extradición de un Venezolano.
- Contempla la privación de la Patria Potestad y de la autoridad marital del condenado por un tiempo igual al de la condena.
- La imputabilidad del menor se rebaja a los 15 años.
- Por primera vez consagra los delitos contra la libertad del trabajo, los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y el delito de bigamia.

- Se emplea el término corrupción de funcionarios.
- Se prohíbe taxativamente hacer justicia por sí mismo.
- Se establece el arresto para aquel individuo que apto para el trabajo fuere hallado mendigando.

4. Código Penal de 1904

Aspectos más resaltantes:

- Se mantienen los Principios de Legalidad de la Pena, Retroactividad de la Ley cuando favorece al reo y la no extradición de un Venezolano por ningún motivo.
- Consagra la obligación de los Tribunales de enviar copia de la sentencia al Presidente de la República para que éste designe el establecimiento penal donde deba cumplirse la pena.
- Se mantienen severos castigos para los delitos de rebelión y traición a la patria.
- La edad para la imputabilidad del menor es de 18 años.

5. Código Penal de 1912

Aspectos más resaltantes.

- Se excluyen taxativamente los delitos penales, aunque se castigan los delitos comunes cometidos por la gente del servicio militar.
- Se fijó la pena de presidio en 12 a 15 años para aquellas personas que hayan cometido delitos de traición a la patria, además contempla los abusos de los ministros de cultos en el ejercicio de sus funciones y la conmutación de la pena de prisión en confinamiento por parte del Gobierno Nacional.

6. Código Penal de 1915

Aspectos más resaltantes.

- Se establece el Principio de Legalidad de la Pena y la Responsabilidad Penal.

- Se exime de Responsabilidad Penal a los minusválidos que al cometer el hecho punible no lo hubiesen hecho con discernimiento ni hayan cumplido los 15 años de edad.
- Se emplea el término doméstico para nombrar los delitos contra la inviolabilidad del hogar.
- En los delitos de concusión y corrupción de funcionarios existe una reducción de la pena y la inhabilitación temporal se establece en 1 a 2 años para los funcionarios públicos que abandonen indebidamente sus funciones.
- Se describe el delito de la simulación de hechos punibles, término que sustituye el de códigos anteriores en los cuales se hablaba de la simulación de infracciones. Los términos falsas imputaciones y asociación para delinquir son sustituidos por los términos calumnias y agavillamiento, respectivamente.
- Se incluye en los delitos de robo y extorsión, el de secuestro. En el enunciado de los delitos de estafa se cambia el término engaño por otros fraudes.
- El término apropiación fraudulenta es cambiado por el término apropiación indebida.
- Se contempla un nuevo delito el de aprovechamiento de cosas provenientes del delito.
- En cuanto a las penas por homicidio hay un aumento de 12 a 18 años para el que intencionalmente haya dado muerte a una persona; el Código antecedente contemplaba 10 y 15 años. Para los autores de un homicidio intencional perpetrado en la persona de ascendientes o descendientes o en la de su cónyuge se aumenta la pena de 13 y 15 años a 16 y 20 respectivamente. Asimismo, hay un aumento de pena de 11 y 15 años a 14 y 19, respectivamente; para los autores de homicidios perpetrados en la persona de un pariente dentro del 3er grado de consanguinidad o 2do de afinidad.
- El Capítulo III es discriminatorio por parcial, cuando señala que "no incurrirán en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer y a su cómplice, mate, hiera o maltrate a uno de ellos o a ambos".

- Se suprime el artículo referido a la pérdida de la Patria Potestad, que reza lo siguiente: "Cuando el culpable del abandono ejerciere la Patria Potestad respecto del menor, la condena llevará consigo la pérdida de todos los derechos que por causa de la misma patria potestad, le confiere la Ley en la persona y bienes de aquél".
- Simplifica el enunciado "de los daños causados voluntariamente" por "de los daños".

7. Código Penal del 15 de julio de 1926

Bajo la presidencia de Juan Vicente Gómez se promulga el actual Código vigente. Luego de aprobado este Código se le han realizado dos breves reformas: la del 30 de junio de 1964 y la del 20 de octubre de 2000.

- Se define con mayor claridad a las personas que están sujetas a enjuiciamiento en Venezuela.
- Con respecto a la reclusión de mujeres se amplían las posibilidades de cumplimiento de la pena mediante la prestación de servicios en los establecimientos oficiales de beneficencia, hospicios y hospitales.
- Contempla la reducción a los 70 años, la edad límite de toda pena corporal.
- Consagra el principio de que "La ignorancia de la Ley no excusa ningún delito ni falta".
- Se mantiene el principio de retroactividad de la Ley Penal cuando favorece al reo.
- Se incluye el arresto para aquella persona que "clandestinamente o contrariando la ley o las prohibiciones de la autoridad tenga en su casa o en otro lugar algún depósito de materias explosivas o inflamables, que sean peligrosas en razón de su naturaleza o cantidad".

8. Reforma del 30 de julio de 1964

Fue publicada en la Gaceta Oficial N° 915 extraordinario, la Ley de Reforma Parcial del Código Penal y el texto refundido de la reforma y el

Código, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales de fecha 22 de julio de 1941 (cuestión que no se hizo en la reforma del año 2000).

- Para el hurto simple la pena que antes era de prisión de tres meses a un año, se aumentó de seis meses a tres años (además a este artículo se le agregaron ocho numerales referentes a casos de abigeato, hurto de ganado y de conductas punibles relacionadas con la ganadería).
- El delito de traición a la patria pasó a tener una pena de presidio de 20 a 26 años.
- El artículo 182 fue objeto de reforma en el sentido de incluírsele un aparte con el cual se creó un tipo delictual que se ha denominado delito de torturas.
- Se modificó el capítulo II que versa sobre los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, específicamente, el artículo 358, el cual señala un aumento de la pena en cuanto a la "colocación de objetos en una vía férrea o la preparación, de cualquier otra manera del peligro de una catástrofe".
- Se incluye en el Título VIII los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias.
- El Título IX, referido a los delitos contra las personas, específicamente en el Capítulo I que versa sobre el homicidio, trae un cambio de semántica en el artículo 407 que tipifica el delito de homicidio de la siguiente manera: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años". El cambio consiste en el término intencionalmente ya que antes se decía voluntariamente. La pena se mantiene igual.
- Consagra un aumento en la pena de los delitos de secuestro de una persona contemplado en el artículo 462. En el Código precedente la pena se fijaba entre cuatro y nueve años de presidio y en este Código la pena es fijada entre diez a veinte años de presidio.
- Se modificó también el artículo 367 al cual se le añadieron seis párrafos donde se regulan nuevos delitos.

- Igualmente, se modificó el artículo 344 relativo al delito de incendio (el cual se encuentra regulado en la Ley Penal del Ambiente).

9. Reforma del 20 de octubre de 2000

Luego de 36 años se volvió a reformar someramente nuestro más importante instrumento jurídico penal sustantivo.

- En cumplimiento de lo previsto en el numeral 1° de la disposición transitoria tercera de la Constitución de 1999, tipificó el delito de desaparición forzada de personas (artículo 181-A).
- Se modificó el artículo 273 referido a los delitos contra el orden público, estableciéndose una circunstancia que agrava la pena.
- Se aumentó considerablemente la pena en el caso de los artículos 275, 277 y 278, relacionados con la importación, fabricación, comercio, detentación y porte de armas.
- Se modificó el artículo 358 concerniente a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, para aumentar algunas penas y para incluir un supuesto y eliminar otro.
- Se aumentó la pena y se modificó la redacción de los artículos 359 y 362 referido a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación.

Capítulo II

Veto Presidencial en Venezuela

SUMARIO:

1. Antecedentes Históricos. Evolución constitucional de 1811 a 1961. *1.1. Primer período. 1.2. Segundo período. 1.3. Tercer período.* **2. El Veto Presidencial en la Constitución de 1961**. *2.1. Generalidades. 2.2. Caracteres específicos.* **3. El Veto Presidencial en la Constitución de 1999**. *3.1. Cuadro comparativo de las observaciones presentadas por el Presidente de la República a la reforma parcial del Código Penal.*

1. Antecedentes Históricos. Evolución constitucional de 1811 a 1961

Para realizar un breve estudio sobre la figura del veto presidencial en nuestro país, se hace necesario abordarla desde una perspectiva histórica cuyas primeras etapas se remontan a los orígenes mismos de la República[1].

Al referirse a los orígenes históricos de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina afirma que la misma fue acogida desde los inicios de su vida independiente y su evolución se divide sistemáticamente en tres períodos:

---

[1] Algunas referencias sobre la evolución histórica de la institución del veto presidencial en Venezuela pueden versé en: Ruggeri Parra, Pablo: *Derecho Constitucional Venezolano (Estudio Histórico-Jurídico)*. Barcelona, Industrias Gráficas Seix y Barral Hnos., 1953, p. 100; Oropeza, Ambrosio: *La Nueva Constitución Venezolana*. Caracas, Italgráfica, 1971, pp. 451-454; Wolf, Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas, Tipografía Americana, 1945, pp. 173-175; y, Alid Zoppi, Pedro: *El Veto Presidencial y la Corte Suprema de Justicia (Discurso de apertura de las actividades judiciales para el año 1985)*. Caracas, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1985, pp. 13-17.

1.1. Primer período

Inspirado en la experiencia norteamericana, comienza con la Constitución de 1811 en la cual se disponía que ningún proyecto de ley aceptado, discutido y deliberado en ambas Cámaras, podría tenerse como "Ley del Estado" si no era firmado por el "Cuerpo Ejecutivo", y que de no hacerlo, podía enviarlo con sus observaciones o reparos a la Cámara de origen, la cual lo reexaminaba. Si de este examen resultaba una aprobación por las dos terceras partes de esa Cámara, pasaba por el mismo proceso en la segunda Cámara, y de ser aprobada nuevamente por la misma mayoría calificada, adquiría vigor de ley.

Esta fórmula del veto se mantuvo en las Constituciones de 1819, 1821, 1830, 1857 y 1858, con leves cambios de redacción.

1.2. Segundo período

Comienza con la Constitución Federal de 1864, en la cual se suprimió totalmente la facultad presidencial del veto, así como la figura de la promulgación por parte del Presidente como *"signo de vigencia de las leyes aprobadas por el Congreso"*. La ausencia del veto persistió en las Constituciones de 1874, 1881, 1891 y 1893, y en la última de las nombradas se hace mención expresa a que el Presidente debe mandar a ejecutar las leyes y decretos del Congreso.

1.3. Tercer período

Luego de ochenta años de ausencia de la figura del veto presidencial, la Constitución de 1945 lo reestablece, con la particularidad de que se incorpora el control de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de las leyes nacionales, incluidas las aprobatorias de tratados internacionales, y de los contratos de interés público, cuando así lo solicite el Presidente de la República. Ese Texto Fundamental, por tanto, retoma la facultad presidencial de los poderes de veto de las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas, lo cual se mantiene en las Constituciones de 1947 y 1953. Un sector de la doctrina nacional[2]

[2] WOLF Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas, Tipografía Americana, 1945, pp. 173-175; y, BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Instituciones Políticas y Constitucionales* (Tomo VI). Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 134-135.

destaca que en la década de los años treinta del pasado siglo, por vía jurisprudencial, se admitió la posibilidad de impugnación por parte del Presidente de la República en lugar de su promulgación, ya que resultaba contradictorio que la promulgara y luego solicitase la declaratoria de su nulidad ante el órgano jurisdiccional.

2. El Veto Presidencial en la Constitución de 1961

2.1. Generalidades

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, en primer lugar, se reafirma la facultad presidencial de solicitarle a la extinta Corte Suprema de Justicia pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de una ley sancionada por las Cámaras Legislativas (Diputados y Senadores) durante el período correspondiente a su promulgación. En segundo término, se introducen algunas reformas tales como que la solicitud presidencial se discutía en una sola sesión conjunta de las Cámaras; en caso de objeciones parciales podía dársele a las normas objetadas y a las conexas una nueva redacción y las Cámaras podían ratificar la ley mediante mayoría simple y no sólo calificada.

Conviene destacar que la Constitución de 1999 se inscribe dentro de esta misma etapa, al reconocer la facultad presidencial de veto con tan sólo algunas variantes respecto de la Constitución de 1961, que destacaremos más adelante.

2.2. Caracteres específicos

Según nos refiere la doctrina nacional[3], se trata –en el contexto de la Constitución de 1961– de una facultad constitucional del Presidente de la República que consiste en la posibilidad de solicitar al Congreso Nacional la reconsideración total o parcial de la ley que le ha sido enviada por ese órgano legislativo. Tal previsión constitucional se enmarca en el contexto de la coordinación de las ramas del Poder Público.

[3] ALID ZOPPI, Pedro: *El Veto Presidencial y la Corte Suprema de Justicia (Discurso de apertura de las actividades judiciales para el año 1985)*. Caracas, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1985.

Es respecto de este período que se tiene el mayor cúmulo de doctrina y jurisprudencia relativa a la regulación y desarrollo de la figura en comento, sobre la cual vale la pena destacar los siguientes aspectos:

Resumiendo los elementos que destaca un representante de la doctrina venezolana[4] tenemos que el veto presidencial en Venezuela, conforme al artículo 173 de la Constitución de 1961, consiste en la solicitud de una reconsideración de la ley ya sancionada por las Cámaras Legislativas, como un medio de control preventivo de la constitucionalidad de su contenido, sin que ello forme parte del proceso de elaboración de la voluntad legislativa. Asimismo, destaca que tal reconsideración podía pedirla previo acuerdo con el Consejo de Ministros y mediante una solicitud o exposición razonada ante el hoy extinto Congreso Nacional. En relación con la extensión de dicha facultad señala el autor referido que el Presidente de la República podía solicitar, bien la modificación del texto legal, o bien que se levantara la sanción del texto en forma parcial o total.

Destaca la doctrina citada que en términos teóricos, existen tres tipos de veto: 1) El veto suspensivo, el cual consiste en la oposición temporal del Presidente a la promulgación de la ley, ya que si el órgano legislativo insiste en mantener el texto durante un determinado número de veces la ley se reputa promulgada; 2) El veto traslativo, que consiste en poner la solución del conflicto suscitado entre el parlamento y el Presidente de la República en manos de un tercer órgano como puede ser el jurisdiccional o en el pueblo, mediante referendo. Esta figura traslativa se consagró en la Constitución de Weimar de 1919; y, c) Una tercera categoría es el veto calificado en donde la oposición del Jefe de Estado sólo puede levantarse mediante la reaprobación de la ley por parte de una mayoría calificada (caso EE.UU).

Señala Andueza que, conforme al hoy extinto régimen de 1961, si la ley se reaprobaba por las dos terceras partes de los miembros presentes (veto calificado) el Presidente debía promulgarla dentro de los cinco días siguientes a su recibo. Junto a ello destaca que si tal reaprobación ocurría por simple mayoría, había lugar a la promulgación, o bien, alternativamente, a la solicitud presidencial de una segunda y última reconsideración por parte de las Cámaras, las cuales, de volver a reaprobarla por mayoría simple daban lugar a la promulgación obligatoria por parte del Presidente de la República. Este caso es denominado por el autor no como un veto propiamente dicho, sino como un reenvío. A lo anterior agrega que existía en la Constitución de 1961 la figura del veto traslativo en aquellos casos en los cuales el Presidente alegaba la inconstitucionalidad del texto sancionado y el Congreso rechazaba tal oposición, correspondiendo resolver el conflicto a la Corte Suprema de Justicia.

[4] ANDUEZA, José Guillermo: *El Congreso, Estudio Jurídico*. Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1993, pp. 70-73.

En torno a la definición de esta figura constitucional del veto (del latín *vedo* que significa prohibir) bajo el régimen de la Constitución de 1961, existe otra opinión de la doctrina nacional, que es la de Orlando Tovar[5]. Al respecto señala que, en términos abstractos, el veto es absoluto si impide la promulgación y vigencia de la ley, y suspensivo cuando enerva temporalmente la acción de la ley, agregando que en este último caso se denomina *"reparo"*. Respecto a la naturaleza jurídica de la figura observa que, en teoría, el núcleo de su determinación estriba en saber si *el Ejecutivo está obligado a la promulgación o si, por el contrario, ésta es facultativa del mismo*. En ese sentido, ya en relación al sistema venezolano adoptado por el constituyente de 1961, explica este autor que el Ejecutivo, al final del procedimiento descrito en el artículo 173 *ejusdem*, se hallaba obligado a promulgar la ley sancionada con la sola excepción de que la Corte Suprema de Justicia la hubiese declarado inconstitucional. En los demás casos, el incumplimiento de la obligación de promulgarla le podía acarrear la sanción prevista en el artículo 207 del Código Penal vigente para la época.

También resulta útil mencionar lo que, con relación a las causas que daban lugar al veto presidencial, anota en la citada obra Orlando Tovar. Así, señala que en la Constitución de 1961 no se hallaban expresamente las causas que originaban el veto (como sí lo hacía la de 1947). Sin embargo, por medio de la sistematización del contenido del artículo 173, la doctrina resaltaba tres tipos de motivaciones, a saber: a) Razones de orden técnico, b) Razones de conveniencia nacional, y c) Razones de In-

[5] TOVAR, Orlando: *Derecho Parlamentario*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1973, pp. 137-141.

constitucionalidad. Veamos algunos rasgos que pone de relieve en cada una de estas figuras.

Respecto a las razones técnicas, su finalidad se dirige a permitir que el Ejecutivo sirva de asesor del Poder Legislativo en aquellos casos en que éste detecta errores de tipo técnico, lo cual puede verse respaldado por el hecho de la naturaleza misma de la actividad administrativa y la experiencia del personal ejecutivo.

En cuanto a las razones de conveniencia nacional, expresa el autor que *en este caso, podría hablarse de la existencia de un verdadero veto, mas como en toda forma la última palabra sobre el problema la pronuncia el Poder Legislativo, podemos afirmar que no existe entre nosotros la figura del 'veto', sino simplemente la suspensión temporal de la voluntad del Parlamento expresada en ley y que constitucionalmente no se puede dar la figura de un Ejecutivo rebelado contra el Congreso en su función legiferante.*

Respecto de las razones de inconstitucionalidad, la apreciación del autor se centra en el reconocimiento constitucional de las facultades presidenciales relativas a su condición de custodio de la Constitución, siendo que en este caso no estaba de ningún modo interfiriendo la función legislativa, sino ejerciendo una labor contralora de orden preventivo.

Por considerarlo ilustrativo, a continuación exponemos una síntesis del procedimiento constitucional de veto presidencial contemplado en la Constitución de 1961 en su artículo 173.

El Congreso notificaba al Ejecutivo de la sanción de una ley, y su Presidente le enviaba un ejemplar para que la promulgara. Seguidamente dentro de los diez días siguientes el Presidente de la República promulgaba la ley, pero podía también, en Consejo de Ministros, solicitar motivadamente la reconsideración al Congreso para que la modificara o levantara la sanción total o parcialmente.

En sesión conjunta, las Cámaras conocían de la objeción presidencial y enviaban de nuevo la ley al Ejecutivo. En ese caso, si la decisión tomada por las Cámaras se había hecho por mayoría simple, el Presidente de la República podía promulgar la ley o volver a remitir la misma al Congreso para una nueva reconsideración.

Si en vez de promulgar, el Presidente optaba por reenviar la ley dentro de los cinco días después de recibida, las Cámaras decidían de manera vinculante y por última vez. En ese estado, el Presidente debía publicar la ley en el lapso de cinco días siguientes a su recibo.

En otro supuesto, aquel en que las Cámaras hubiesen decidido respecto del primer reenvío por mayoría calificada de dos terceras partes, el Presidente no tenía la posibilidad de un segundo reenvío y debía promulgar dentro de los cinco días después de recibida la decisión del Congreso.

Cuando en cualquiera de las situaciones descritas la objeción presidencial se fundara en razones de inconstitucionalidad, el Presidente podía solicitar a la Corte Suprema de Justicia y dentro del término destinado a la promulgación que dicho órgano jurisdiccional se pronunciara acerca de la denuncia de inconstitucionalidad. Si la Corte Suprema no se pronunciaba dentro de los diez días de haber recibido la ley, o bien, si declaraba que no existía tal inconstitucionalidad, el Presidente debía promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Corte o al vencimiento del término.

Cuando persistiese la negativa del Presidente a promulgar la ley, estando obligado a ello, la promulgación la efectuaba el Presidente del Congreso y su publicación se hacía en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

En otro orden de ideas, se plantean algunas consideraciones vinculadas con el tema aquí comentado. Así por ejemplo Brewer Carías[6] destaca que dentro del régimen de la Constitución de 1961, en los supuestos de impugnación de leyes sancionadas mas no promulgadas, la jurisprudencia atendiendo al hecho de que cuando proceda, la decisión de la Corte Suprema debe ser previa a la promulgación, considera que este es el único supuesto en el cual un recurso de inconstitucionalidad de las leyes producía la suspensión de los efectos de la misma.

6 BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Instituciones Políticas y Constitucionales* (Tomo VI). Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 136-137.

Por otro lado, Humberto Briceño[7] señala que la figura en cuestión plantea algunas interrogantes tales como si la Corte Suprema de Justicia agotaba su competencia para conocer de la inconstitucionalidad planteada una vez que decidía la acción y se promulgaba la ley. Apunta el autor que: *Si las circunstancias de hecho y de derecho alegadas por el Presidente para negarse a la promulgación fuesen las mismas expuestas por un nuevo impugnante, ha de atribuirse a la sentencia referida al veto, efectos de cosa juzgada sobre la replanteada cuestión, y por ello no tendría la Corte materia sobre la cual pronunciarse.*

También Humberto La Roche[8] señala, en lo tocante a los efectos de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, que ésta decidiría definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos vetados, y que una decisión negativa o la perención del término, en los casos de veto, sería definitiva por su naturaleza, siendo que el proyecto total o parcialmente vetado no sería jamás promulgado como ley en la parte vetada. Pero en el caso contrario, los proyectos o cláusulas de proyectos objetados deben ser reputados como inconstitucionales.

3. El Veto Presidencial en la Constitución de 1999

Analicemos ahora la figura del veto presidencial a la luz de la Constitución de 1999, la cual se contempla en su artículo 214. En el nuevo texto constitucional el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido, pero puede dentro del mismo lapso:

1. Solicitar con acuerdo del Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella. Corresponderá en este caso a la Asamblea Nacional, decidir acerca de los aspectos planteados por el Presidente, por mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación,

[7] BRICEÑO LEÓN, Humberto: *La Acción de Inconstitucionalidad en Venezuela*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1989, pp. 76-77.

[8] LA ROCHE, Humberto J.: *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1972, p. 84.

debiendo proceder el Presidente a promulgarla dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Como puede verse, en el nuevo texto constitucional no se establece la posibilidad de una nueva remisión de la Ley al órgano legislativo, dependiendo de si la decisión de la Asamblea Nacional se produce por mayoría simple o por mayoría calificada, como ocurría con la Constitución de 1961. En la Constitución vigente sólo se requiere de una mayoría simple para decidir acerca de las objeciones formuladas por el Presidente, el cual no podría devolverla en una segunda oportunidad y está obligado a promulgarla.

2. Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitará el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

En este caso las diferencias fundamentales de la Constitución de 1961 radican en el órgano decisor y en el plazo para decidir. El pronunciamiento le corresponde ahora no a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, sino a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene un plazo de quince días para emitir un pronunciamiento.

Como complemento del esbozo realizado hasta aquí, consideramos útil referirnos a la sentencia de la Sala Constitucional número 2817 del 18 de noviembre de 2002, dictada como aclaratoria de su sentencia 2747 del 7 de ese mismo mes y año, mediante la cual se dio respuesta a la solicitud del Presidente de la República acerca de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 1, Capítulo VI del Título II y de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

En su aclaratoria, la Sala Constitucional explica que el artículo 214 constitucional contiene dos supuestos excluyentes el uno del otro.

El primero consistente en que dentro de los diez días siguientes a aquel en que el Presidente de la República reciba la ley de la Asamblea Nacional con el fin de promulgarla, previo acuerdo del Consejo de Ministros, la devuelva a la Asamblea, para que ésta modifique alguna disposición de la ley, o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. Esa solicitud deberá ser acompañada de una exposición motivada que contenga la razón de las modificaciones. Finalmente, la Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados y remitirá la ley al Presidente para su promulgación, conforme a lo decidido.

El segundo supuesto –aclara la sentencia– es que el Presidente estime que la ley recibida de la Asamblea, o alguna de sus disposiciones, sea inconstitucional, caso en que, en el mismo término de diez días a partir de haberla recibido de parte de la Asamblea Nacional, la enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que decida sobre la inconstitucionalidad invocada.

Si la decisión del Tribunal es la constitucionalidad de la ley o sus artículos, el Máximo Tribunal devolverá la ley al Presidente para su promulgación.

El fundamento de la Sala Constitucional para afirmar el carácter excluyente de los dos procedimientos es que tienen un mismo lapso para incoarse y cuyo resultado puede ser en ambos la promulgación de la ley.

En tal sentido se expresa que si se acoge el primer supuesto, corrija o no la Asamblea Nacional los vicios que sean denunciados, la ley debe ser promulgada según la decisión del órgano legislativo. Por otro lado –señala–, si la decisión de la Asamblea Nacional sobre la ley objeto de este procedimiento resultara inconstitucional, el Ejecutivo, o cualquier interesado, puede incoar la acción de inconstitucionalidad ordinaria.

En contraste, afirma la sentencia en comento que si el Presidente opta por el otro control, es decir, acudir a la Sala Constitucional para que examine la inconstitucionalidad de la ley o algunos de sus artículos, y dicha Sala decidiere en sentido positivo o negativo, el Ejecutivo obligatoriamente debe promulgar la ley, lo que implicaría que no puede acudir al primer supuesto, ya que la norma (artículo 214 constitucional) ordena –en este último supuesto– que la ley se promulgue dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal, sin

excepción alguna, por lo que el Ejecutivo mal podría incumplir el mandato constitucional y enviar la Ley a la Asamblea Nacional.

Como puede observarse, a la luz de las consideraciones jurídicas realizadas por la Sala Constitucional en su fallo aclaratorio se concluye claramente que, bajo el régimen constitucional vigente, el Presidente de la República ve limitada su actuación en materia de veto presidencial, toda vez que sólo puede hacer uso de uno de los dos procedimientos mediante los cuales se canaliza esa facultad, dado el carácter excluyente que existe entre ambos procedimientos y que se deriva del hecho de tener el mismo plazo para su iniciación y de que en ambos el resultado puede ser la promulgación de la ley.

Tales consideraciones contrastan con el régimen que imperó bajo la Constitución de 1961 (artículo 173), conforme al cual el Presidente de la República podía utilizar de manera sucesiva los dos procedimientos, acudiendo en primer lugar al Congreso de la República y en caso de que éste rechazara las objeciones formuladas, si las mismas se fundamentaban en razones de inconstitucionalidad el Presidente podía recurrir ante la Corte Suprema de Justicia.

3.1. CUADRO COMPARATIVO DE LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA A LA REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
Artículo 453. La pena de prisión para el delito de hurto será de cuatro años a ocho años en los casos siguientes:	Se observa que la supresión de beneficios procesales o de fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena viola los artículos 19 y 272 de la Constitución, así como el Capítulo III del Libro Quinto del COPP	**Artículo 453**. La pena de prisión para el delito de hurto será de cuatro años a ocho años en los casos siguientes:	Se eliminó el Parágrafo único y el párrafo previo a éste que contenía excepciones al mismo (estado de necesidad)
1°. Si el hecho se ha cometido abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aun temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable.		1. Si el hecho se ha cometido abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aún temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable.	
2°. Si para cometer el hecho el culpable se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado.		2. Si para cometer el hecho el culpable se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado.	
3°. Si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.		3. Si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.	
4°. Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales		4. Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos	

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.		para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.	
5°. Si para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida.		5. Si para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida.	
6°. Si para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída el culpable se ha servido de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente, venciendo para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.		6. Si para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída el culpable se ha servido de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente, venciendo para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.	
7°. Si el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la ley, o por orden de la autoridad.		7. Si el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la ley, o por orden de la autoridad.	
8°. Si el delito de hurto se ha cometido por persona ilícitamente uniformada,		8. Si el delito de hurto se ha cometido por persona ilícitamente uniformada, usando	

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
usando hábito religioso o de otra manera disfrazada. 9º. Si el hecho se ha cometido por tres o más personas reunidas. 10º. Si el hecho se ha cometido valiéndose de la condición simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados. 11º. Si la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio. Si el delito estuviere revestido de dos o más de las circunstancias especificadas en los diversos ordinales del presente artículo, la pena de prisión será por tiempo de seis años a diez años. No se aplicará el parágrafo único de este artículo cuando la cosa sustraída sean alimentos o medicamentos, si en el juicio se demuestre que estuvieron destinados a aliviar el dolor o el estado de extrema necesidad de personas relacionadas con el imputado, o de sí mismo, siempre y cuando éste no sea reincidente.		hábito religioso o de otra manera disfrazada. 9. Si el hecho se ha cometido por tres o más personas reunidas. 10. Si el hecho se ha cometido valiéndose de la condición simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados. 11. Si la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio. Si el delito estuviere revestido de dos o más de las circunstancias especificadas en los diversos numerales del presente artículo, la pena de prisión será por tiempo de seis años a diez años.	

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.			
Artículo 455. Quien por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con prisión de seis años a doce años. Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.	Se observa que la supresión de beneficios procesales o de fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena viola los artículos 19 y 272 de la Constitución, así como el Capítulo III del Libro Quinto del COPP	**Artículo 455**. Quien por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con prisión de seis años a doce años.	Se eliminó el Parágrafo Único
Artículo 215. El que ejecute cualquier tipo de amenaza o acto de violencia contra un funcionario o servidor público por razón de sus funciones o contra su familia para simplemente intimidarlo con cual-	Se observa el excesivo uso de conceptos jurídicos indeterminados en violación del principio de tipicidad exhaustiva.	**Artículo 215**. El que amenace a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos, con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno	Se modificó totalmente la redacción. Se especificó que el hecho punible es la amenaza. Se eliminó

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
quier finalidad, o presionarlo a hacer o dejar de hacer algo propio a su función oficial, será castigado con prisión de un año a tres años y de dos años a cuatro años, si todo ello fuere contra un alto funcionario. Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia de un funcionario, la pena de prisión será de dos años a cuatro años y de tres años a seis años de prisión si el acto se realizare en el domicilio o residencia de un alto funcionario. En caso que el agente del delito de amenaza fuera un servidor público, la pena se incrementará en una tercera parte.	Critica las expresiones como: "cualquier tipo de amenaza", "acto de violencia contra un funcionario", "contra su familia", "alto funcionario" y "agente del delito" por ser "expresiones que remiten a una esfera de realidad cuyos límites no se precisan" Se cuestiona el término de amenaza como acción, y sostiene que tiene que estar descrita específicamente, existiendo un nexo causal entre la manifestación de voluntad de aquel sujeto y el cambio en el mundo exterior y debe concretar la cualificación del sujeto activo del delito. Advierte que la norma establece la misma pena en el caso de la existencia de violencia o no, lo cual trans-	a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años. Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la pena será de dos a cinco años. Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte. Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes.	"por cualquier fin" y se dejó sólo cuando es con "el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones". Se agregó como agravante el hecho de utilización de violencia. También se agregó como agravante el que el sujeto pasivo sea un funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se agregó como agravante que el delito sea cometido en la residencia del sujeto pasivo o que el autor del delito sea funcionario público

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
	grede el principio de proporcionalidad. Propone consagrar los supuestos de tentativa y frustración calificados o establecer el reenvío a la norma genérica sobre tentativa y frustración del Código.		
Artículo 297-A. (Actualmente 296-A) Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, pretenda causar o efectivamente cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra, será castigado con prisión de dos años a cinco años. Cuando el delito fuere cometido por funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte. Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos.	Se observa que se aplica la misma pena en conductas antijurídicas disímiles: "pretender causar pánico a la colectividad" y "causar pánico a la colectividad" lo cual infringe el principio constitucional de proporcionalidad abstracta.	**Artículo 297-A.** (Actualmente 296-A) Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra, será castigado con prisión de dos a cinco años. Si los hechos descritos en el aparte anterior fueren cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte. Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos	Se modificó el hecho punible al eliminar que "pretenda causar" por "cause". En el párrafo de las agravantes se modificó "cuando el delito" por "si los hechos descritos en el aparte anterior"

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
Artículo 357. Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años. Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años. Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años. Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a sus tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.	Se observa que la agravante ya se encuentra prevista de manera genérica en el artículo 77 del mismo código	**Artículo** 357. Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años. Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años. Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años. Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.	Se eliminó el párrafo que contenía una agravante en caso de que el delito se cometiere en grupo.

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
Si para la comisión de los delitos establecidos en este artículo concurren varias personas, la pena se aumentará en un tercio. Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.		Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.	
Artículo 375. Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los ordinales 1° y 4° del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, cuando revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, la pena será de prisión de ocho años a catorce años en el caso de la parte primera, y de diez años a dieciséis años en los casos de los ordinales 1° y 4°. Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la apli-	Se observa que la violación *per se* constituye un delito vejatorio y degradante, por lo que no añade una circunstancia agravante especial a la conducta antijurídica	**Artículo 375**. Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los numerales 1 y 4 del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, la pena será de prisión de ocho años a catorce años en el caso de la parte primera, y de diez años a dieciséis años en los casos establecidos en los numerales 1 y 4. Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.	Se eliminó la expresión "cuando revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio"

Artículo proyecto	Observación veto	Artículo aprobado	Cambios
cación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.			
Artículo 546. Se deroga el Código Penal de 26 de julio de 2000. El presente Código reformado empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los seis días del mes de enero de dos mil cinco. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación.	Considera incorrecta la derogación del Código Penal de 2000, ya que "se estaría derogando parte del código penal vigente que no fue objeto de reforma y que se mantiene en el correspondiente texto refundido. En todo caso, tampoco se podría incluir en dicho texto la derogatoria en los términos expuestos, ya que la Ley de Reforma Parcial sancionada no incluye la modificación de la Disposición Final del Código Penal publicado en Gaceta Oficial de la República" Se sugiere mantener la misma redacción del Código Penal que se reforma.	**Artículo** 546. Se deroga el Código Penal de 30 de junio de 1.915. El presente Código reformado empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Dado, firmado y sellado en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los tres días del mes de marzo de dos mil cinco. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación.	Se deroga el Código de 1915 y no el de 2000

CAPÍTULO III

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LA LEY DE REFORMA PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Fundamento actual de la prescripción de la acción penal: garantía fundamental del perseguido que excluye el poder penal del estado. 3. La prescripción de la acción penal como componente básico de un debido proceso. 4. La indebida comprobación de la existencia del delito y de la autoría de la persona en su comisión cuando la acción penal está prescrita. 5. La normativa reformada. a. La sustitución de la pena de presidio por la de prisión. b. Los nuevos actos de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal. 6. Conclusiones.

1. Introducción

En fecha 16-03-05, conforme a Gaceta Oficial N° 5.763, entró en vigencia la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, la cual, en virtud de errores materiales en dicha publicación original, fue reimpresa el 13 de abril de 2005, en Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario.

En esta reforma parcial al Código Penal fue modificada la normativa referente a la prescripción de la acción penal. Así tenemos que los tradicionales artículos 108 y 110, alusivos a los plazos de prescripción de la acción penal y a los motivos de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal fueron cambiados en aspectos sustanciales, que trataremos a lo largo del presente.

Pues bien, nuestra pretensión radica en revisar la sostenibilidad de tal reforma en materia de prescripción de la acción penal frente a la Constitución de la República, así como ante los tratados internacionales sobre derechos humanos, hechos ley por la República.

Para resolver tal problema debemos tratar previamente algunos aspectos esenciales, vinculados a esta trascendental causa de extinción de la acción penal.

2. Fundamento actual de la prescripción de la acción penal: Garantía fundamental del perseguido que excluye el poder penal del Estado[9]

Un tema que debe ser abordado antes de cualquier análisis de la institución que nos ocupa es el de la nueva perspectiva que ella adquirió a consecuencia de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (COPP), y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) de 1999.

Dentro del actual esquema político que se le asignó al Estado venezolano: democrático, social, de Derecho y de justicia, los derechos fundamentales de los ciudadanos han adquirido una dimensión especial.

El primero de dichos componentes, el democrático, exige que a partir de uno de sus derechos básicos, el de la dignidad humana (artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal), se le otorgue a la voluntad del perseguido la importancia que merece: resolver, ante una acción penal prescrita, si se acoge inmediatamente a los efectos que ésta produce frente a la persecución penal, o, que se agote el proceso hasta una sentencia definitiva, previa la realización del juicio oral y público (artículos 1 y 48-8° *ejusdem*).

Entiéndase por tanto que tal decisión es del encartado, no del Estado perseguidor, quien no puede despojársela, por lo que de acogerse aquél a la prescripción su voluntad debe ser respetada.[10] En caso de que el Estado omita el trámite de una petición del perseguido de acogerse a los beneficios de la prescripción de la acción penal y, a pesar de ello, siga para adelante con la persecución estaría materializando un proceso indebido, y por ende, nulo.

[9] "Existen diversas clases de límites al poder penal del Estado. Existen *límites materiales* (sólo es aplicable cuando se transgrede una prohibición o un mandato estrictamente tipificado); *límites instrumentales* (sólo se pueden aplicar penas establecidas legalmente); *límites formales* (es necesario respetar ciertas formas y procedimientos); *límites institucionales* (sólo el Poder judicial puede aplicar esas penas) y existen también *límites temporales* (sólo es admisible ejercer el poder penal dentro de un plazo, cuyo término debe ser preciso). Este límite temporal se encuentra en el mismo nivel político-institucional que las restantes limitaciones al ejercicio del poder penal." (BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. AD-HOC s.r.l. Primera edición, 1993, p. 130).

[10] En igual sentido, de que tal planteamiento es a instancia de parte, la Sentencia N° 1118, del 25-06-01, ponencia del Dr. Jesús E. Cabrera R., Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia: "...la prescripción es renunciable y por ello nunca opera de oficio, sino que debe ser alegada por la parte..."

Por ello es que ahora, necesaria e indefectiblemente, se le ha de respetar al inculpado si renuncia o por el contrario se acoge a esos beneficios de la prescripción de la acción penal ejercida en su contra, independientemente del estado en que se encuentre el proceso.

En todo caso el punto no es el de la renuncia o no de un derecho humano sino el del privilegio de escoger entre uno (que sería el de ser sentenciado luego de un juicio oral y público) u otro derecho fundamental (que se concluya el proceso poniéndole punto final a la persecución, sin dilaciones indebidas). Así las cosas, no es que me estoy desprendiendo de una garantía fundamental, lo cual es cuando menos muy discutible en estos tiempos, sino que por esa consideración superior que han adquirido los derechos individuales se le concede al perseguido la decisión de detener la persecución existente en su contra o permitir que continúe para lograr, a consecuencia de un juicio previo y con todas las garantías, un fallo que resuelva definitivamente su posición material frente al hecho que se le imputa.

Adicionalmente al democrático, surge el componente social del Estado. Con base a éste, estará justificada y legitimada su intervención para proteger a la sociedad de los delitos siempre que su actuación sea necesaria y útil a tales fines.[11]

Esta necesidad y utilidad que el Derecho penal establece como límite al Estado social perseguidor podemos vincularla con la institución de la prescripción. Como se sabe, los fundamentos de la prescripción[12] han ido desde la posible enmienda del encartado por el transcurso del tiempo, la probable pérdida de los medios probatorios, sobre todo los relativos a la inocencia de aquél, el olvido del hecho por parte de la sociedad, la desnaturalización de los fines de la pena, hasta la pena natural que

[11] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Barcelona. Reperto R S.L. 1996, p. 88.

[12] Una opinión que hay reflejar sobre el tema es la de Francesco Carrara, recogida por Gonzalo Rodriguez Corro, en su obra: *La prescripción de la acción penal*: "En materia penal, el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced del presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto a los buenos, en quienes deja de existir el temor, sea respecto a los malvados, en quienes dejar de tener influjo el mal ejemplo." (Tipografía "Principios". Caracas, 1985, p. 21).

habría sufrido el inculpado, preocupado por la persecución de la que podría ser objeto.

Pero, como bien lo ha destacado Alberto Binder, aunque dichos fundamentos tienen en común el que se basan en alguna falta de interés social o estatal, no obstante, en la actualidad tal perspectiva no es la acertada, "ya que no es un problema de mayor interés estatal o social en la persecución sino de una garantía del individuo que funciona aun cuando exista el máximo interés estatal en proseguir con la persecución o en mantener viva su facultad de penar."[13]

Entonces, independientemente del interés del Estado o de la colectividad, hoy en día la prescripción se funda pues en asegurar que el poder punitivo no traspase los límites de la necesidad social en la persecución penal, "porque ese poder sólo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible *presumir* que el tiempo ha restaurado ese orden social, que otorgarle al Estado un poder penal temporalmente ilimitado. Debe quedar claro, pues, que la restauración de ese orden por el simple transcurso del tiempo es una simple presunción o ficción, que busca 'explicar' el modo como en un Estado de Derecho se resuelve la colisión entre las necesidades sociales de orden y seguridad y las exigencias del respeto a la persona y la limitación al poder que ello implica."[14]

Por tanto, la prescripción no es otra cosa que la garantía de que una persona no sea perseguida penalmente por el Estado en forma indefinida, bajo la excusa de la existencia de un interés social o estatal de castigo, sino dentro de los límites temporales que él mismo se ha autoimpuesto, como razonables para ello.

Esto último nos introduce en los límites que adicionalmente le impone el Estado de Derecho a la persecución penal. Tales son, en virtud

[13] BINDER, Alberto M. Ob. cit., p. 127.

[14] "En consecuencia, ni el 'olvido del hecho', ni la 'enmienda del reo' o 'las dificultades para recolectar prueba' constituyen el fundamento de la prescripción. El hecho podrá ser olvidado o permanecer en la memoria colectiva, el reo podrá continuar con sus fechorías o transformarse en un filántropo y la investigación será más o menos fácil, pero ninguna de estas razones influye a mi juicio en la naturaleza política de la prescripción de la acción penal: la necesidad valorativa y política que funda la existencia de ese límite temporal nace del hecho de que el otorgamiento al Estado de un poder de tal intensidad…implica *siempre* un peligro potencial sobre la dignidad de las personas, y un Estado de Derecho debe procurar reducir al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad." (BINDER, A. Ob. cit., p. 131).

de la legalidad, toda una serie de principios relacionados a la materia de la prescripción.

Entre ellos podemos citar los de seguridad jurídica[15], un proceso dentro de un plazo razonable, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia.

En todo caso, la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, está adscrita al derecho a una tutela judicial efectiva. Sobre el particular Jesús González Pérez ha sostenido que una justicia que tarda en administrarse varios años es una caricatura de la Justicia, y para evidenciar su aserto recoge el extracto de una sentencia del Tribunal Constitucional español, del 13-4-83, N° 26, en el que se dice: "desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva".[16]

3. La prescripción de la acción penal como componente básico de un debido proceso

Como adelantamos en el punto anterior la manifiesta voluntad del perseguido de acogerse a los beneficios que reporta la prescripción de la acción penal debe ser oída sacramentalmente, lo cual significa que ha de ser tramitada de inmediato por el Tribunal que en ese momento esté conociendo del caso, independientemente del estado en que se encuentre el proceso y de que el órgano administrador de justicia la termine considerando procedente o no en el caso en particular. Ello, puede plantearse tanto por vía de excepción, como a través de una solicitud de sobreseimiento por extinción de la acción penal.

Se trata de un impedimento procesal de tal significación que tiene la función de excluir la decisión sobre el fondo del asunto, conduciendo a

[15] "La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica…puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (Sent. Trib. Supremo Español, 8-2-1995, ponente: Francisco Soto Nieto, recogida por Carlos Rey González, *La prescripción de la infracción penal*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 50).

[16] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid. Editorial Civitas. Segunda edición. 1989, p. 213.

la terminación del procedimiento, con absoluta independencia del esclarecimiento de los hechos, o sea, evita la sentencia sin consideración a la solución del asunto que esté materialmente requerida.[17]

En pocas palabras, y en sentido amplio, la prescripción, como los demás obstáculos procesales, es componente del debido proceso, es pues una condición objetiva de punibilidad. Esto quiere decir que la realización de un proceso debido es impuesta por el Derecho Constitucional como una condición general más para la procedencia de una pena legítima.[18] Por tanto, requisito de un proceso debido y de una pena legítima lo es el que la acción penal no esté prescrita.[19]

Lo señalado obedece a que las causales extintivas de la acción penal tienen una función impeditiva en cuanto al desarrollo del proceso. Una vez que ellas son planteadas, el juez está en la obligación de examinarlas y de declarar el sobreseimiento cuando constate su existencia. Como quiera que la prescripción elimina un presupuesto procesal como lo es la acción, su decisión no puede ser retardada artificialmente, la solicitud mediante la cual se la alegue debe ser resuelta de inmediato, aún hasta en fase de juicio.

Precisamente, hay quienes han tenido dudas en torno a la solución que merecería un planteamiento de prescripción en esta última de las etapas del proceso penal venezolano.

Sobre el particular, hay que tener presente el artículo 322 del Código Orgánico Procesal Penal, en el que se determina expresamente:

> "*Sobreseimiento durante la etapa de juicio.* Si durante la etapa de juicio se produce una causa extintiva de la acción penal o resulta acreditada la cosa juzgada y no es necesaria la celebración del debate para comprobarla, el tribunal de juicio podrá dictar el sobreseimiento..."

[17] Cita de MAIER hecha por Daniel PASTO R. en su artículo: *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba. República Argentina. Marcos Lerner Editora Córdoba. 2001, p. 796.

[18] PASTOR, Daniel. *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, ob. cit., pp. 807-808.

[19] "En consecuencia, cualquier aplicación errónea de las normas legales sobre prescripción acarrea una violación al debido proceso y, por esta vía, la inadvertencia de que una causa fue juzgada y una persona condenada estando prescrita la acción penal conllevaría la posibilidad, aún firme la sentencia, de su revisión y su anulación por vulneración a este parámetro de constitucionalidad." (CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. *La prescripción de la acción penal en Costa Rica*. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, C.R. 2000, pp. 43-44).

Por su parte, el artículo 323 del mismo Código, señala:

> "*Trámite.* Presentada la solicitud de sobreseimiento, el juez convocará a las partes y a la víctima a una audiencia oral para debatir los fundamentos de la petición, salvo que estime que para comprobar el motivo no sea necesario el debate..."

De las disposiciones anteriormente transcritas se desprende, con claridad meridiana, que hasta en la fase de juicio y antes de darse inicio al debate, con fundamento en el derecho de defensa, el imputado puede solicitar el sobreseimiento ante una causal extintiva de la acción penal.

Igualmente, se constata que esta causal de sobreseimiento debe ser acogida por el Tribunal sin necesidad de la celebración del juicio oral. Opiniones doctrinarias y jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no dejan dudas en relación a que en los casos de prescripción de la acción penal la decisión que la acoja debe ser subsiguiente a la solicitud que se formule en tal sentido. Ambas posturas consideran innecesaria la realización del debate para la determinación de la existencia de esta causal de extinción de la acción penal.

Jorge A. Clariá Olmedo[20], al comentar las causales extintivas que obligan al sobreseimiento, como lo es la prescripción, sostiene:

> "Si atendemos a la naturaleza misma de las distintas causales de sobreseimiento, que son necesariamente sustanciales, es indiscutible que las extintivas deben ser de previa consideración...
> Conforme a nuestro criterio, varias veces manifestado, la presencia de una causal extintiva debe ser estimada independientemente cualquiera que sea la oportunidad de su producción y de su conocimiento por el tribunal, por cuanto significa un impedimento para continuar ejerciendo los poderes de acción y de jurisdicción en procura de un pronunciamiento sobre el fondo a lo menos incriminador... **Si se tratare de causales extintivas, el sobreseimiento puede dictarse en cualquier momento del proceso.** Así lo prevén expresamente los códigos modernos y no puede ser otra la conclusión a obtener con respecto a los antiguos. Procede a petición de parte

[20] CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, p. 309).

o de oficio. **Conforme a esta regla, cuando se compruebe la existencia de una causal extintiva, expresamente prevista entre las excepciones, corresponderá el sobreseimiento sea durante la instrucción, al finalizar su momento crítico, en los actos preliminares del juicio o durante el trámite de las etapas impugnativas cuando se haya recurrido la sentencia. En cualquiera de estas oportunidades ya no corresponderá que el tribunal se pronuncie sobre el fondo. En esta oportunidad de los actos preliminares (se refiere al juicio oral), los códigos ponen también como condición del sobreseimiento por causal extintiva la no necesidad del debate para su comprobación**" (Negritas nuestras).

Entre otras, dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia también descartan la posibilidad de abrir el debate oral una vez que se ha solicitado el sobreseimiento con fundamento en la prescripción judicial de la acción penal. Ambas pronuncian la obligación de resolver en forma apremiante este motivo de extinción de la persecución penal.

Una de ellas es la sentencia es la N° 386, de fecha 17-05-00, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando, que declaró con lugar una acción de amparo en contra de una decisión que pretendió diferir, a la finalización del debate oral y público, la decisión de petición de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, formulada mucho antes de ese momento:

"Por lo que respecta, a la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa, visto que en efecto la Sala n° 3 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en lugar de limitarse a resolver el conflicto de no conocer planteado por el Juzgado Vigésimo Sexto de Control de la misma circunscripción judicial en fecha 1° de septiembre de 1999 ordenó al Juzgado de Primera Instancia Penal para el Régimen Procesal Transitorio que cuando hubiesen sido formulados los cargos, vencido el término de promoción de pruebas y proveída su admisión, pasara su conocimiento al Juez de Juicio que le corresponda conocer "*...quien procederá a fijar oportunidad para el debate oral, el cual se realizará de conformidad con las normas del Código Orgánico Procesal Penal, al igual que el resto del procedimiento...*", **estima esta Sala Constitucional que en efecto el órgano jurisdiccional penal se extralimitó en el ejercicio de su potestad de juzgamiento sobre el referido conflicto de competencia y con ese proceder vulneró el derecho a la defensa de los accionantes al no poder tramitar la solicitud de sobreseimiento.** Por tanto, **este Alto Tribunal**, sin prejuzgar sobre la procedencia o no de la prescripción, **declara, por lo que respecta a la violación de la garantía constitucional al debido proceso, con lugar la acción de amparo constitucional, en cuanto al dispositivo tercero del fallo accionado, y se ordena al juez de la causa la continuación del procedimiento a cuyo efecto si la prescripción la solicitare alguna de las partes, según lo establecido en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal en lo que fuera aplicable, se resuelva dicha solicitud en una audiencia oral donde comparezcan las partes y expongan sus alegatos.** Así se declara" (Negritas nuestras).

Del fallo en cuestión, se desprenden las conclusiones que a continuación destacamos:

a. El caso objeto de la acción de amparo decidido en el fallo analizado se encontraba en fase preparatoria del juicio oral y público, antes del debate.

b. En garantía del derecho de defensa toda solicitud de sobreseimiento formulada en el proceso debe ser tramitada una vez propuesta, so pena de que se le produzca indefensión al solicitante y violación del debido proceso.

c. Ante una petición de sobreseimiento por prescripción se le debe dar de seguidas el trámite legalmente previsto, actualmente contenido en el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, que comprende la realización de una audiencia oral para que las partes expongan sus alegatos y debatan sobre los fundamentos de la solicitud, al final de la cual deberá ser decidida.

d. Lo precedente significa que cualquiera que sea la etapa o momento procesal en la que se encuentre el proceso penal, que por supuesto incluye la preparatoria del juicio oral y público, antes de iniciarse el debate el Tribunal que reciba una solicitud de sobreseimiento debe detener el curso de la causa y, como expresamente lo precisa el fallo, darle el trámite legal a la misma. Si omite tal deber y continúa con el curso del asunto estaría dándole trámite a un proceso indebido, generador de indefensión para el peticionario.

La otra sentencia, mucho más reciente, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mantiene la misma línea doctrinaria de la anterior, pues un Tribunal de Juicio, ante una petición de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, indebidamente decidió iniciar el jui-

cio oral y público y diferir su decisión a la finalización del mismo. Se trata de la N° 687, de fecha 29-04-05, con ponencia de la doctora Luisa Estrella Morales Lamuño, en la que se estableció:

> "Así las cosas, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente, se puede constatar que el referido Juzgado, el 14 de julio de 2004, acordó decidir la solicitud de prescripción por el delito de falsedad de acto público hecha por la parte accionante y, al no señalar ninguna de las partes la fecha cierta de la perpetración del delito, se ordenó abrir el debate a los fines de determinar el tiempo transcurrido desde la comisión del delito que se le imputa al quejoso, concediéndole a cada una de las partes oportunidad para exponer sus alegatos.
> Con relación al trámite del sobreseimiento en la etapa de juicio, el artículo 323 del Código Orgánico Procesal Penal, señala:
> *'Presentada la solicitud de sobreseimiento, el Juez convocará a las partes y a la víctima a una audiencia oral para debatir los fundamentos de la petición, salvo que estime, que para comprobar el motivo no sea necesario el debate (...)'... Omissis...*
> **Así las cosas, advierte esta Sala que no debía el citado Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Juicio, dar inicio al juicio oral y público hasta tanto se produjere el pronunciamiento correspondiente sobre la solicitud de sobreseimiento efectuada por la parte accionante; mucho menos, diferir el pronunciamiento a este respecto para el momento de publicarse la sentencia definitiva.**
> **Atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala observa que las actuaciones adelantadas por el Juzgado presunto agraviante, y su omisión de pronunciamiento sobre la solicitud de sobreseimiento, podrían ser violatorias de los derechos denunciados por la parte accionante, pues no sólo se aprecia una disconformidad del quejoso, sino la eventual subversión de las normas procedimentales en la materia,** lo cual debe ser dilucidado en la audiencia oral y pública en la presente acción de amparo constitucional.
> Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional... declara **CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto... contra la sentencia dictada por la Sala... de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 24 de febrero de 2005, que declaró improcedente la acción de amparo constitucional ejercida por el prenombrado ciudadano, contra la omisión de pronunciamiento por parte del Juzgado...de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en relación a la solicitud de sobreseimiento efectuada por la parte accionante, por la violación de sus derechos constitucionales de acceso a la justicia, al debido proceso, a la defensa, a ser oído y a la tutela judicial efectiva" (Negritas nuestras).

De las consideraciones efectuadas en los párrafos del fallo copiado, que sin lugar a dudas se explica por sí solo, aparece pues, en forma indubitable y lapidaria, que una solicitud de sobreseimiento no puede ser soslayada en ningún caso. El efecto de ella es la detención del curso del proceso, a consecuencia de su tramitación y decisión, oportuna y adecuada, con apego a la ley, y la suerte del procedimiento principal dependerá de las resultas definitivas de dicha petición.

4. La indebida comprobación de la existencia del delito y de la autoría de la persona en su comisión cuando la acción penal está prescrita[21]

El numeral 2 del artículo 49 de la Constitución de la República establece el principio de presunción de inocencia, del cual se desprende que nadie puede ser considerado responsable (culpable) de la ejecución de un delito si no es a consecuencia de una sentencia definitivamente firme (artículo 8 del COPP), contra la cual no procedan o se hayan agotado los recursos (artículo 178 del COPP).

Cuando la acción penal está prescrita, ni siquiera en el caso de que el proceso estuviese en estado de dictarse el fallo definitivo podría producirse a través de éste una condenatoria, es decir, una declaración judicial que arrojase certeza sobre la culpabilidad del acusado.

Hasta en este extremo lo que procedería sería una sentencia de sobreseimiento, por la extinción del *ius puniendi* estatal. Reafirma este análisis el hecho de que la única forma de que a pesar de estar prescrita la acción penal existiese la posibilidad de que el perseguido terminase condenado por sentencia firme es que precisamente hubiese renunciado a la prescripción durante el curso del proceso.

---

[21] Sobre el particular Daniel Pastor es enfático al señalar que frente a un impedimento u obstáculo procesal como el de la prescripción de la acción penal "el proceso debe concluir...sin poder averiguarse más la verdad o no del hecho sospechado y de todas sus circunstancias penalmente relevantes. El contenido meramente procesal de la decisión de clausura es el alma del impedimento. Ante la aparición del obstáculo ya no puede analizarse si el hecho existió, si el imputado es su autor, si estuvo justificado, etcétera." (*Acerca de presupuestos...* Ob. cit., p. 809).

Sobre el particular, leamos lo que nos dice Rosaura Chinchilla:

> "Por ende, si se emite una sentencia condenatoria cuando ya la acción penal ha prescrito, esto es con violación al debido proceso legal, existirá vulneración al principio de inocencia en el tanto en que la actividad investigativa, probatoria y jurisdiccional del Estado para demostrar la culpabilidad de un ciudadano se extendió por encima del límite infranqueable que tenía para ello".[22]

Se añade a lo expuesto la desigualdad de armas entre el Estado y el perseguido, a quien artera y sorpresivamente se le estaría haciendo autor culpable de un pretendido delito, y, a la vez, se extingue a su favor la persecución. Es decir, aunque el encartado no tendría por qué defenderse de tal declaratoria en su contra, dado que se habría extinguido la acción penal, por detrás es no obstante objeto de ella. Un tratamiento de esta índole sería de culpable y no de inocente.

Y es que cuando menos son dos pronunciamientos absolutamente contradictorios, que harían la decisión inejecutable, sobre todo porque si al Estado le feneció el derecho subjetivo a perseguir y castigar, pierde por ende cualquier poder y legitimidad para calificar la conducta del encartado. Si ni siquiera la certeza de que alguien es culpable de un hecho punible le da al Estado el derecho a penar cuando la persecución está prescrita, menos aun le puede conceder derecho alguno para declarar la existencia de un delito, ni quien habría sido su autor.[23]

Es más, según el sub-principio de necesidad (intervención mínima o subsidiariedad), que se deriva del principio de proporcionalidad (prohibición de exceso), ante la posibilidad de dictar un sobreseimiento por varias causas, entre ellas la prescripción, "debe optarse por la mínima intervención cual sería la declaratoria de prescripción que no implica análisis de fondo alguno que, de hacerse, puede dejar planteada alguna duda que afecte la integridad moral o psíquica del acusado. En todo caso,

[22] CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. Ob. cit., pp. 59-60.

[23] En contra de esta opinión: Sentencia N° 836, del 13-06-00, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ponencia del Dr. Alejandro Angulo F., en la que se precisa que: "Antes de proceder a declarar la prescripción de la acción penal, y sobre la base de los elementos probatorios, debe determinarse la comprobación del hecho punible tipificado en la legislación penal, pues ello es previo e indefectible para su calificación jurídica."

si la acción penal se ha extinguido no podría decretarse otra cosa que el sobreseimiento por esta causa, y no por otra (ya que, de lo contrario, se estaría emitiendo un pronunciamiento de fondo pese a que ya ha operado la extinción de la acción penal con la que también se ha extinguido la competencia del juez para emitir un pronunciamiento distinto a la declaración de dicha prescripción)..."[24]

Otra razón sería que una declaratoria simultánea de responsabilidad y prescripción violaría el principio de un juicio previo y justo (artículos 49 de la Constitución de la República y 1 del COPP), porque no se le habrían respetado los derechos que el mismo comprende (defensa, contradicción, publicidad, oralidad, etc.). Se trataría de una condenatoria pírrica, violatoria de la presunción de inocencia. Más bien, en el fondo toda decisión de prescripción implica un reconocimiento de inocencia, dado que la condición que de ésta existía se vuelve ahora irrefutable, *jure et de jure*, queda ratificada, a partir de su pronunciamiento judicial ya no podrá seguir debatiéndose sobre ella.[25]

De todo lo expuesto pude colegirse que una decisión que decrete la prescripción de la persecución penal y, además, la existencia del delito y la culpabilidad del perseguido, no sólo estaría viciada de nulidad, sino que comprendería un acto excesivo del poder judicial del Estado.

5. La normativa reformada

El artículo 2 de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal modificó el artículo 108 del Código Penal en la forma siguiente:

> "**Artículo 108.** Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:

[24] CHINCHILLA C., Rosaura. Ob. cit., p. 30.

[25] A pesar de lo expuesto encontramos un fallo de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia que sostiene lo contrario: "Tocante a la prescripción de la acción penal, esta Sala ha insistido en reiterada jurisprudencia en la obligación del sentenciador de instancia de estudiar las pruebas de autos y establecer los hechos que considere probados antes de declarar prescrita la acción penal, salvo en el caso de la prescripción ordinaria, planteada al momento inicial del proceso, de carácter evidente. Pero si la prescripción surge durante el juicio como en el presente caso, el tribunal sentenciador deberá examinar previamente la existencia del hecho delictivo que da nacimiento a la acción, con base al resumen y al análisis de las pruebas, tal como lo exigía el artículo 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal, para la redacción de la sentencia." (18-02-00, Dr. Jorge Rossell S., exp. 99-0776).

1. Por quince años, si el delito mereciere pena de *prisión* que exceda de diez años.
2. Por diez años, si el delito mereciere pena de *prisión* mayor de siete años sin exceder de diez.
3. Por siete años, si el delito mereciere pena de *prisión* de siete años o menos.
4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.
5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del *especto geográfico* de la República.
6. Por un año, si el hecho punible sólo acarreare arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades *tributarias (150 U.T.)*, o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.
7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarreare pena de multa inferior a ciento cincuenta *unidades tributarias (150 U.T.)*, o arresto de menos de un mes." (Cursivas nuestras que evidencian lo reformado).

Por su parte, el artículo 3 de dicha Ley de Reforma modificó el tradicional artículo 110 del Código Penal, en la forma siguiente:

"**Artículo 110.** Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el *imputado*, si éste se fugare.

Interrumpirán también la prescripción, *la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querella por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter;* y las diligencias *y actuaciones* procesales que *le* sigan; pero si el juicio, sin culpa del *imputado*, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarará prescrita la acción penal.

Si establece la ley un término de prescripción menor de un año, quedará ella interrumpida por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año, contado desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dictare la sentencia condenatoria, se tendrá por prescrita la acción penal.

La prescripción interrumpida comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

La interrupción de la prescripción surte efecto para todos los que han concurrido al hecho punible, aun cuando los actos que interrumpan la prescripción no se refieren sino a uno." (Cursivas nuestras que evidencian lo reformado).

5.1. La sustitución de la pena de presidio por la de prisión

Se advierte que los tres primeros numerales del nuevo artículo 108 del Código Penal hacen alusión a los lapsos de prescripción de la acción penal para delitos con penas de "prisión", mientras que los del código reformado se referían a penas de "presidio".

Para entender tal planteamiento legal nos preguntamos: ¿Cuál es ahora el tiempo de persecución de los delitos que en el texto legal tienen pena de presidio? Afirmar que ahora son imprescriptibles no es correcto.

Sobre el particular, Rosaura Chinchilla, al abordar el problema cuando la ley especial omite regulación expresa en materia de prescripción de la acción penal, nos dice:

"...si no hay regulación alguna en la ley sobre la prescripción de la acción penal ¿puede entenderse que el ilícito es imprescriptible? ¿se vulnera el principio de proscripción de la analogía aplicando las reglas generales de prescripción a normas penales establecidas en leyes especiales?. En mi criterio la ausencia absoluta de regulación del tema haría no que el ilícito fuera imprescriptible pues para ello se requiere norma expresa que así lo disponga (que aún en tal supuesto, es de dudosa constitucionalidad) sino que se produjera la inconstitucionalidad por omisión, dado que se violarían los principios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica al mantenerse abierta la posibilidad de persecución de un ilícito penal –con independencia del valor del bien jurídico tutelado y, por ende, del tipo y *cuantum* de pena a imponer– sin límite temporal alguno, lo que devendría en una actuación (la persecutoria) y omisión (la de no regular el tema) estatales arbitrarias."[26]

Independientemente de nuestro criterio sobre la imprescriptibilidad de la acción penal[27], en todo caso para la Constitución las únicas accio-

[26] CHINCHILLA C., R. Rosaura. Ob. cit., p. 56.

[27] La figura de la imprescriptibilidad Constitucional es contraria al principio de un proceso expedito, contenido en los tratados internacionales hechos ley por la República, y pone en tela de juicio la vigencia de nuestro "Estado de Derecho". Esta afirmación la basamos en el hecho de que por un lado la Constitución decreta a la República de Venezuela como un Estado social y democrático de Derecho y de justicia, con todos los valores y derechos que ello implica, y por otro, pretende conferirle a ese Estado "de Derecho" la potestad indefinida de perseguir la comisión de algunos delitos (José Tadeo Saín Silveira. *La prescripción de la acción penal como mecanismo de instrumentación de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas. Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal.* VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica

1. Por quince años, si el delito mereciere pena de *prisión* que exceda de diez años.
2. Por diez años, si el delito mereciere pena de *prisión* mayor de siete años sin exceder de diez.
3. Por siete años, si el delito mereciere pena de *prisión* de siete años o menos.
4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.
5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos, arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del *especto geográfico* de la República.
6. Por un año, si el hecho punible sólo acarreare arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades *tributarias (150 U.T.)*, o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.
7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarreare pena de multa inferior a ciento cincuenta *unidades tributarias (150 U.T.)*, o arresto de menos de un mes." (Cursivas nuestras que evidencian lo reformado).

Por su parte, el artículo 3 de dicha Ley de Reforma modificó el tradicional artículo 110 del Código Penal, en la forma siguiente:

"**Artículo 110.** Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia, siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el *imputado*, si éste se fugare.
Interrumpirán también la prescripción, *la citación que como imputado practique el Ministerio Público, o la instauración de la querella por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter;* y las diligencias *y actuaciones* procesales que *le* sigan; pero si el juicio, sin culpa del *imputado*, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarará prescrita la acción penal.
Si establece la ley un término de prescripción menor de un año, quedará ella interrumpida por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año, contado desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dictare la sentencia condenatoria, se tendrá por prescrita la acción penal.
La prescripción interrumpida comenzará a correr nuevamente desde el día de la interrupción.
La interrupción de la prescripción surte efecto para todos los que han concurrido al hecho punible, aun cuando los actos que interrumpan la prescripción no se refieren sino a uno." (Cursivas nuestras que evidencian lo reformado).

5.1. La sustitución de la pena de presidio por la de prisión

Se advierte que los tres primeros numerales del nuevo artículo 108 del Código Penal hacen alusión a los lapsos de prescripción de la acción penal para delitos con penas de "prisión", mientras que los del código reformado se referían a penas de "presidio".

Para entender tal planteamiento legal nos preguntamos: ¿Cuál es ahora el tiempo de persecución de los delitos que en el texto legal tienen pena de presidio? Afirmar que ahora son imprescriptibles no es correcto.

Sobre el particular, Rosaura Chinchilla, al abordar el problema cuando la ley especial omite regulación expresa en materia de prescripción de la acción penal, nos dice:

"...si no hay regulación alguna en la ley sobre la prescripción de la acción penal ¿puede entenderse que el ilícito es imprescriptible? ¿se vulnera el principio de proscripción de la analogía aplicando las reglas generales de prescripción a normas penales establecidas en leyes especiales?. En mi criterio la ausencia absoluta de regulación del tema haría no que el ilícito fuera imprescriptible pues para ello se requiere norma expresa que así lo disponga (que aún en tal supuesto, es de dudosa constitucionalidad) sino que se produjera la inconstitucionalidad por omisión, dado que se violarían los principios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica al mantenerse abierta la posibilidad de persecución de un ilícito penal –con independencia del valor del bien jurídico tutelado y, por ende, del tipo y *cuantum* de pena a imponer– sin límite temporal alguno, lo que devendría en una actuación (la persecutoria) y omisión (la de no regular el tema) estatales arbitrarias."[26]

Independientemente de nuestro criterio sobre la imprescriptibilidad de la acción penal[27], en todo caso para la Constitución las únicas accio-

[26] CHINCHILLA C., R. Rosaura. Ob. cit., p. 56.
[27] La figura de la imprescriptibilidad Constitucional es contraria al principio de un proceso expedito, contenido en los tratados internacionales hechos ley por la República, y pone en tela de juicio la vigencia de nuestro "Estado de Derecho". Esta afirmación la basamos en el hecho de que por un lado la Constitución decreta a la República de Venezuela como un Estado social y democrático de Derecho y de justicia, con todos los valores y derechos que ello implica, y por otro, pretende conferirle a ese Estado "de Derecho" la potestad indefinida de perseguir la comisión de algunos delitos (José Tadeo Saín Silveira. *La prescripción de la acción penal como mecanismo de instrumentación de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas. Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal.* VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica

nes penales consideradas como imprescriptibles son las declaradas expresamente por ella, para perseguir los delitos referidos en sus artículos 29 y 271. Por tanto, una consideración en tal sentido sería inconstitucional.

En relación a lo expuesto, leamos la opinión de la citada jurista costarricense, quien al respecto señala:

> "La legislación penal de un Estado donde se adopte la imprescriptibilidad de los delitos vulneraría no sólo el derecho a la seguridad jurídica sino que su política criminal devendría en irracional, desproporcionada y hasta arbitraria. Cualquier 'imprescriptibilidad' debe ser establecida, únicamente en la Carta Magna como ocurre en nuestro medio a través de lo dispuesto por el artículo 134 constitucional...pero aún así persistirían las dudas sobre el acople de una norma aislada a los principios constitucionales democráticos que inspiran el resto de la Carta Fundamental."[28]

Por otra parte, observamos que en la reforma se generaliza el uso de la pena de prisión. En efecto, no sólo tenemos el caso en examen (los tres primeros numerales del artículo 108 CP), sino que además el legislador le asignó a casi todos los delitos reformados, que antes tenían pena de presidio, pena de prisión.

Una situación como esta nos lleva a buscar el motivo que habría tenido el legislador para ello. Sobre el particular, podemos reflexionar desde dos puntos de vista, que por supuesto no son los únicos.

El primero de ellos, sería que tal sustitución de la pena de presidio por la de prisión no obedecería a un error material del legislador, sino que reflejaría por el contrario su verdadero propósito: que en esos tres primeros numerales lo que quería establecer eran lapsos de persecución de delitos con pena de prisión, y no con pena de presidio.

Debemos advertir que ni aún así podría admitirse la imprescriptibilidad de los delitos con pena de presidio, dado que, desde este primer ángulo que tratamos, la razón de ello obedecería a que tal pena de presidio ya estaba sin vigencia con anterioridad a la reforma, es decir,

Andrés Bello. Caracas. 2005, pp. 117 y 119). Sobre el particular, Alberto Binder sostiene que "si el Estado está en condiciones de ejercer positivamente el poder penal, no es propio de la idea de un Estado de Derecho otorgarle ese poder de un modo temporalmente ilimitado." (Ob. cit., p. 127).

[28] CHINCHILLA C., Rosaura. Ob. cit., p. 42.

que para el momento en que ésta se produjo ya no existía tal pena, sino únicamente la de prisión (los delitos que en el texto legal tienen asignada pena de presidio, desde tiempo atrás, debería entenderse que poseen pena de prisión).

Sobre el tema, ciertamente hay que tener en cuenta que algunas de las exigencias e implicaciones relativas a la pena de presidio fueron abrogadas. Por un lado, el artículo 46 de la Ley de Régimen Penitenciario del año 2000 dejó sin efecto el aislamiento celular, que era contemplado como período obligatorio en el cumplimiento de la pena (artículo 12 CP), para convertirlo en una sanción disciplinaria, que no puede exceder de 15 días, y sin que dicha medida implique incomunicación.

Así mismo, que el trabajo forzado que tenía asignado la pena de presidio, también fue derogado tanto por el artículo 15 de la precitada Ley de Régimen Penitenciario, como por el artículo 6 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).[29]

Entonces, atendiendo a la concepción en análisis, el haber establecido en dichos numerales la pena de prisión podría obedecer a la necesidad de fijar lapsos de prescripción de la acción penal más altos para los delitos con nuevas y elevadas penas de prisión.

A todo evento, y además de lo señalado, habría que tomar en cuenta la realidad planteada mucho antes de la reforma por los tratados internacionales en materia de humanidad de las penas (entre otros, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-84) y por la propia Constitución de la República, con base al respeto que merece la dignidad del ser humano en un Estado democrático.

Un último argumento que podría reforzar la tesis esbozada sería que desde tiempo atrás la tendencia legislativa ha sido la de sustituir la pena de presidio por la de prisión, o establecer figuras delictivas que, aunque muy graves, le han fijado la pena de prisión, y no la de presidio.

[29] ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. Novena edición. Mc Graw Hill. Caracas, 2001, pp. 415 y 416.

Téngase en cuenta por ejemplo, en el primer sentido esbozado, el delito de peculado que fue previsto en la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, así como en la vigente Ley Contra la Corrupción, que tuvo pena de presidio en su tradicional artículo 195 del Código Penal, y a partir de dichas leyes especiales adquirió pena de prisión. Y en el segundo sentido, los delitos establecidos en las dos versiones de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuya gravedad siempre estuvo fuera de toda discusión y, a pesar de ello, las elevadas penas previstas para ellos fueron de prisión.

No obstante lo anterior, la posición reseñada hasta ahora se enfrenta con no pocos obstáculos. De considerarse que el legislador se refirió acertadamente a la pena de "prisión" en los referidos tres primeros numerales del artículo 108 CP, y no a la de presidio, surgiría la dificultad de ¿cómo conciliar los numerales 3 y 4 de dicho precepto?.

Si el numeral 3 establece que la acción penal prescribe por siete años, cuando el delito mereciere pena de "prisión" de siete años o menos, y el 4, por cinco años, cuando el delito mereciere la misma pena de "prisión", pero de más de tres años, ¿cuál de los dos numerales sería el aplicable a un caso concreto, en el que el delito mereciere una pena de prisión que estuviese entre más de tres y hasta siete años, el que prevé el lapso de prescripción de siete años, o el de los cinco años?.

Por supuesto que, cualquiera que fuese el razonamiento, habría que aplicar el lapso más favorable al perseguido. En igual sentido, en asuntos ocurridos con anterioridad a la reforma, debería ser aplicado éste mismo lapso de menor tiempo (el del numeral 4), pero con base a la retroactividad de la ley penal más beneficiosa (artículos 24 CR y 2 CP).

Por otra parte, encontramos que paradójicamente a dos de los tipos legales reformados se les mantuvo la pena de presidio. En efecto, existen los casos de los hechos punibles previstos en los artículos 128 y 407 del Código Penal (CP). Además, dejaron plasmada en el texto legal la pena de presidio que tradicionalmente estaba asignada a los delitos que no fueron objeto de reforma.

Tampoco se dictó, como ocurrió en el caso de las multas (de bolívares a unidades tributarias: artículo 38 de la Ley de Reforma Parcial), una disposición general abrogatoria de la pena de presidio. A todo evento, en este tema habría que tener en cuenta la garantía penal del principio de legalidad sustantivo penal, que demanda que sea la ley la que señale la pena que corresponda al hecho punible (*nulla poena sine lege*).[30]

También es de recordar que "las normas sobre prescripción deben interpretarse restrictivamente, porque de lo contrario, se le concedería a la autoridad judicial un poder que le permitiría ampliar, por analogía, la acción represiva estatal..."[31]

Así mismo, para la visión que nos ocupa los cambios que se le habrían efectuado a la pena de presidio sólo comprenderían algunas de sus exigencias e implicaciones, que como referimos abarcaron el aislamiento celular y el trabajo forzado; olvidándose además que el Código Penal plantea un sistema penológico en el que la pena de presidio es más significativa que la de prisión. Aunado a esto, la pena de presidio es causal de divorcio, según el artículo 185 del Código Civil.[32]

A lo expuesto se le suma un ejemplo reciente en que la posición del legislador sustantivo ha sido la de mantener la pena de presidio, incluso a través de la incorporación de nuevos delitos al texto legal. Así tenemos el tipo de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 181-A, de la reforma al Código Penal del 20 de octubre de 2000, al que se le asignó dicha pena de presidio.

Entonces, desde esta visión, se podría entender que tal sustitución de la pena de presidio por la de prisión en los tres primeros numerales del artículo 108 más que una solución no fue sino una complicación.

De considerarse un error material por parte del legislador el hecho de haber establecido tal pena de prisión, y no haber mantenido la de presidio en los controvertidos supuestos, que sería lo lógico según esta segunda posición que analizamos, existiría a la vez una desproporción entre esas elevadas penas de prisión fijadas para los delitos reformados y los lapsos de prescripción dispuestos tradicionalmente para perseguirlos, siendo que el más elevado llegaría apenas a cinco años (numeral 4).

[30] MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 77.
[31] CHINCHILLA C., R. Ob. cit., p. 54, cita del Voto N° 524, del 5-9-96, del Tribunal Superior de Casación Penal de Costa Rica.
[32] ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. Ob. cit., pp. 415 y 416.

Compárese por ejemplo la pena de prisión de veintiocho a treinta años asignada ahora al delito de homicidio calificado, con el que, como acabamos de decir, era el más elevado de los lapsos de prescripción para delitos con pena de prisión: de cinco años (numeral 4). Evidentemente que sería muy reducido el tiempo para perseguir un delito de tal trascendencia social.

Para esta noción, se trata sin lugar a dudas de un acertijo que sólo podría ser solucionado por otra reforma, en razón de su inconstitucionalidad, a menos que, siguiendo esta segunda tesis, se interpretase que los delitos a los cuales se les sustituyó la pena de presidio por la de prisión aún mantienen la de presidio, con lo cual cabría aceptar la posibilidad de ver también un error material en el establecimiento de la pena de "prisión", en lugar de la de presidio, en los tres primeros numerales del artículo 108 del CP.

Así, tendríamos que los casos de los hechos punibles establecidos en los artículos 140, 374, 375, 406, 455, 456, 457, 458, 459 y 460 del CP, a los que con la reforma se les asignó la pena de prisión se les seguiría aplicando su anterior pena, la de presidio, lo cual conforme a la opinión en análisis sería coherente con unos lapsos de prescripción de la acción con penas de presidio.

5.2. *Los nuevos actos de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal*

Con anterioridad a esta reforma, habíamos reflexionado sobre el vacío legal que generó la entrada en vigencia del COPP en materia de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal.

Como se recordará, al derogarse el Código de Enjuiciamiento Criminal (CEC), quedaron sin vigor el auto de detención y el de citación para rendir declaración indagatoria (auto de sometimiento a juicio), y las diligencias procesales que les seguían a éstos, así como la requisitoria que se librase contra el reo, en caso de fuga. En aquél entonces planteamos que un auto similar que podía cumplir tales fines podía ser el de apertura del juicio[33], que comprendía el acto de la admisión de la acusa-

[33] SAÍN SILVEIRA, José T. *La precripción de la acción penal como mecanismo de instrumentación de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas*... Ob. cit., p. 82.

ción, éste último propuesto por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.[34]

Ahora, la reforma tasó en forma expresa como tales actos interruptivos únicamente los de:

a. La citación que como imputado practique el Ministerio Público.

b. La instauración de la querella por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter.

c. Las diligencias y actuaciones procesales que le sigan.

Sobre el particular, aun cuando afortunadamente[35] la interrupción de la prescripción ordinaria mantiene el mismo efecto del código reformado: que el proceso debe agotarse dentro de un lapso fijo y definitivo (que es el de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo), llama la atención el cambio radical que experimentó tal institución de la interrupción en su concepción. No sólo en cuanto al momento procesal en que se produce, sino también al ente que la lleva a cabo, que de jurisdiccional pasó a ser materializada por dos de las partes del proceso.

En relación a la primera de las causas interruptivas, la de la citación que como imputado practique el Ministerio Público, cabe hacer referencia a la citada sentencia N° 1118, con ponencia del Dr. Jesús E. Cabrera Romero de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la que ya desde el 25-6-01, es decir, hace más de cuatro años, entre otras cosas, se señaló:

> "El artículo 110 del Código Penal señala las causas de interrupción de la prescripción.
> 1) La primera de ellas es la sentencia condenatoria, que claro está al llegar al fin el proceso mediante sentencia, mal puede correr prescripción alguna, ya que la acción quedó satisfecha.
> 2) Si el reo se fuga antes o durante el juicio, mediante la requisitoria librada contra el imputado;

[34] Sentencia N° 455, del 10-12-03, ponencia Dr. Rafael Pérez Perdomo.

[35] Esto lo resaltamos porque ello no ocurría en el anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual desaparecía tal efecto (Véase José Tadeo Saín Silveira: *La prescripción de la acción penal. Anteproyecto Código Penal. Comentarios*. Editor Fernando Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Serie Normativa N° 5. Caracas. 2004, pp. 708-713).

3) El auto de detención o de citación para rendir indagatoria, figuras que actualmente no existen en el Código Orgánico Procesal Penal, y las diligencias procesales que les sigan.
Dado que el Código Orgánico Procesal Penal señala que el proceso penal comienza en la fase investigativa, la citación del imputado o su declaración como tal en dicha fase, que es equivalente a la citación para rendir declaración, se convierte en actos interruptivos de la prescripción..." (Negritas nuestras).

Nótese que para la Sala Constitucional, al igual que para la reforma del Código Penal, la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal se han de producir con la citación del imputado. De esto se desprende que dicha interrupción:

a. Es un acto asignado a la parte que ejerce la acción penal, y no al órgano jurisdiccional.

b. Puede ser producida en una etapa incipiente de la temporalmente indefinida fase de investigación, y no en aquella en la que existan los fundamentos de mérito para el procesamiento del encartado.

Sobre este tema, lo primero que debemos preguntarnos es ¿qué sentido tenía el que el auto de detención o el de citación para rendir indagatoria (sometimiento a juicio), dictados por el Tribunal, fuesen cronológicamente los primeros actos que interrumpían el curso la prescripción de la acción penal?.

Probablemente, el legislador sustantivo estableció tales actos debido a que:

1) Tenían que ser pronunciados por la autoridad jurisdiccional (no por la parte Fiscal), en virtud de la garantía jurisdiccional que se deriva del principio de legalidad en materia sustantiva penal, que se traduce en que sólo los órganos con tal poder tienen la potestad de aplicar las normas penales a través de un proceso legalmente predeterminado, y por ende, las que instrumentan la duración máxima de éste.

2) Había que dictarlos en un momento procesal oportuno, que sería aquel que definiera formalmente la relación jurídico-procesal con el perseguido, y que buscase el cierre de la etapa sumarial (cuando el auto de procesamiento quedase definitivamente firme) y el inicio del juicio público y contradictorio. Esto, debido a que así se obligaba más efectivamente a los órganos de la persecución a precisar en el menor tiempo posible la situación del imputado, porque, de no hacerlo, la prescripción ordinaria, pendiendo como una espada de Damocles, caería a favor de éste y en perjuicio de aquellos. En tal sentido, habría sido considerado como inoportuno fijarlos en un momento muy anterior o muy posterior a ellos. En el primer caso, se veía como una reducción importante del plazo de persecución, y en el otro, como demasiado tardío, convirtiendo el proceso es un instrumento arbitrario de represión.

3) Ordenaban el procesamiento propiamente dicho del encartado, que en su sentido jurídico-procesal se traduce en aquella decisión de mérito de la investigación preliminar. Tal concepto de "procesamiento" no estaba usado en el sentido asignado comúnmente por la práctica forense, sino en el estrictamente científico.

4) El sumario era una etapa no sometida a término definido, salvo cuando se le limitó con la detención judicial del indiciado (artículos 71 y 204 del Código de Enjuiciamiento Criminal), pero en la que no pocas veces no se respetaba su duración, lo cual era absolutamente paradójico por su propia denominación y significado. Durante este debía establecerse un acto procesal que interrumpiese la prescripción ordinaria, pero que, por sobre todas las cosas, hiciera surgir la judicial; todo con el fin de obligar a los órganos competentes para adelantar lo más rápido posible la persecución.

5) No permitían, por su propia naturaleza y efectos, que el proceso se utilizase como instrumento de persecución indefinida. En caso de quedar firme, y luego de la revisión exigida de las actas, se pasaba al plenario, fase esta que temporalmente sumada a la sumarial (desde el auto de proceder) no podía extenderse más allá del lapso de la prescripción ordinaria más la mitad del mismo.

A todo evento, vemos que la reforma decidió taxativamente adelantar de manera significativa la interrupción de la prescripción ordinaria, que antes estaba en una fase avanzada de la investigación, o sea, cuando existían razones suficientes para dictar el auto de detención o de sometimiento a juicio (de citación para rendir indagatoria), mientras que aho-

ra se colocó en una etapa que puede ser inicial: la de la citación que como imputado practique el Ministerio Público.

En tal sentido, ¿qué significa para la justicia penal venezolana el que un proceso apenas en ciernes el titular de la acción penal, a su criterio, con la práctica de dicha citación, pueda hacer que al lapso de la prescripción ordinaria se le sume la mitad del mismo?.

Un primer acercamiento nos revela que eso se habría hecho para ampliar el período de la investigación, con lo cual se le permitiría al sistema penal, colapsado por múltiples razones, realmente alcanzar sus fines durante esta etapa que, por su indefinición temporal (artículo 313 COPP), justificaría tal ampliación. Fin que podría entenderse como loable para la justicia penal.

Pero desde otro ángulo algo así no parece seguro. Se trata de otorgarle a una de las partes, precisamente a aquella encargada de la persecución penal, a que administre a su criterio la interrupción del curso de la prescripción, cuando al verse ésta encima pueda ordenar la práctica de la citación de una persona como imputado, para incrementar así el tiempo de dicha investigación.

Lo señalado podría ser contradictorio con la institución de la prescripción de la acción penal: su razón de ser es motivar (por no decir obligar) a los órganos de persecución penal del Estado a cumplir con sus deberes dentro del tiempo legal. De no ser así, el sentido de la prescripción es sancionar a aquellos funcionarios del sistema penal que en un caso en particular no respeten los lapsos. En pocas palabras, actualmente se le estaría otorgando a uno de los posibles destinatarios de dicha sanción el poder de sortearla oportunamente, al permitirle con la interrupción la posibilidad de evitar que la prescripción ordinaria pueda operar en fase de investigación.

Quizás el problema se deba a haber puesto a las partes a interrumpir el curso de la prescripción de la acción en una materia como la penal. Tal realidad, como veremos más adelante, es coherente pero en un proceso de naturaleza civil, de partes, y no en uno de la índole pública como el penal.

Pareciera entonces que la falta de ejercicio oportuno (la no citación de alguna persona con carácter de imputado), dentro del plazo fijado por

la ley (antes de que se agote uno de los fijados por el artículo 108 del CP), sería lo que verificaría la prescripción ordinaria de la acción penal, asimilando esto en cierta forma a la prescripción extintiva civil.

Sobre el particular hay que recordar que la verificación de tales plazos de la prescripción ordinaria no necesariamente tendrían que ser nada más imputables a la falta de ejercicio oportuno de la acción, por parte del fiscal del Ministerio Público, sino también a la lentitud de los restantes órganos públicos involucrados en el sistema penal (órganos jurisdiccionales, policiales y demás auxiliares de justicia). En tal sentido, aunque la acción sea llevada diligentemente por su titular puede ser, lo que ocurre no pocas veces, que la demora del propio sistema obstaculice su pleno ejercicio en el plazo legal.

Precisamente, por motivos imputables a la estructura de la organización judicial, se pronunció el Tribunal Constitucional español, en sentencia del 24-11-1988, en la que se estimó que se lesionó el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque los jueces hayan actuado con la máxima diligencia, si la dilación deriva de efectos de estructura de la organización judicial. "Como el derecho es de naturaleza prestacional, los Jueces y Tribunales deben cumplir su función 'con la rapidez que permita la duración normal de los procesos', y este deber 'no puede ser cumplido, cualquiera que sea el esfuerzo y dedicación de los Jueces y Tribunales, si los órganos judiciales no disponen de los medios materiales y personales que sean necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales'."[36]

Otro argumento que se le suma al anterior surge de la propia razón de ser de la prescripción de la acción penal: no se trata nada más que de un problema del ejercicio o no de una acción por una parte, sino de un plazo razonable que deben respetar todos los operadores públicos involucrados en la instrumentación de las formas procesales para la aplicación de las normas sustantivas penales, en la solución del conflicto social llamado delito.

La realidad que venimos esbozando hasta ahora pareciera verse más patente por el segundo de los motivos que según la reforma interrum-

[36] GONZÁLEZ P., J. Ob. cit., pp. 215-216.

pen la prescripción: "La instauración de la querella por parte de la víctima o de cualquier persona a los que la ley reconozca con tal carácter."

Esta vez, precisamente por ese enfoque civil que se le habría asignado a la prescripción de la acción penal, aparece más evidente que dicha institución se estaría orientando a evaluar la conducta de la parte interesada (afectada) en el ejercicio de la acción (entiéndase acción procesal[37]), lo cual desenfoca el sentido público que ella ha tener.

Planteamientos como estos ya fueron tratados desde la doctrina clásica, específicamente por Carrara, quien con su dramatismo característico, pero con la invulnerabilidad de sus argumentos, señaló hace mucho que:

> "...hoy los delitos ya no se persiguen por consideración a las víctimas, sino en atención a la tranquilidad pública, que es igual para todos los agraviados y suscita igual interés hacia todos los delincuentes. Ciertamente, que si el fundamento de la prescripción de la acción penal se dedujera, como en derecho civil, del castigo de los negligentes o en atención a la buena fe de quien la decreta, el sistema de la interrupción sería una indeclinable deducción lógica de esos principios en materia penal, como en materia civil lo es y debe serlo, sin lugar a duda. Entonces podría decirse que uno cualquiera de los actos de procedimiento interrumpe el curso de la prescripción, pues por una parte muestra la diligencia del que quiere mantener su derecho, y por otra hace ver la mala fe del que pretende suprimirlo. Pero estas ideas no pueden germinar en la mente de ninguno, a no ser que ignore por completo el derecho penal y sea enteramente profano en las reglas más elementales de esta ciencia.
> Nadie ha pensado nunca en basar la prescripción penal sobre los principios de la buena fe o del castigo de la negligencia. Sería absurdo, y hasta risible, hablar de la buena fe del que se supone posiblemente culpable; y esto envolvería una petición de principio. **Todavía sería más absurdo que la impunidad de un culpable debe ser proclamada con el único fin de castigar la negligencia de los representantes del ministerio público.** Ningún criminalista podrá concederles valor a conceptos tan excéntricos. **La aplicación de las reglas civiles a las doctrinas penales resultará siempre falaz, en cualquier asunto de que se trate; además, sería radicalmente falsa si se quisiera llevarla a cabo en la materia de la prescripción de la acción penal, la cual no tiene nada en común con la prescripción de las acciones civiles**...*omissis*...
> **Estas dos prescripciones no tienen de común sino el accidente del *nombre***, y por el prestigio de los nombres, se guía el vulgo, pero no se persuadan los doctos. Los principios de la prescripción penal son esencialmente distintos de los de la prescripción civil; son dos hechos jurídicos que tienen denominación idéntica, pero fuera de estos no hay entre ambos ninguna semejanza. Es, por lo tanto, un error (como ya lo advertí) que en esta materia se tomen argumentos del derecho civil para aplicarlos al penal. Además, resulta verdaderamente inicuo que, después de haber partido de esa deducción errónea, sea abandonada esta, con el fin de cambiar sustancialmente la interrupción que acatan las leyes civiles.
> En penal, la prescripción es un hecho enteramente *real*, que se produce y se consuma por la fuerza sola del *tiempo* y por los efectos morales y políticos de este hecho supremo. En civil, la prescripción es un hecho enteramente *personal*, que se consuma por las condiciones morales de las dos partes: la negligencia del acreedor y la buena fe del deudor. Así, pues, no puede identificarse la *naturaleza* de esos dos hechos jurídicos. Y es equivocación pretender que, también en asuntos penales, la prescripción se convierta en un hecho personal. **Si la naturaleza de la prescripción civil tiene como contenido implícito el ser interrumpible, la naturaleza de la prescripción penal tiene como contenido necesario el no ser interrumpible.**
> Los hechos humanos posteriores a un contrato pueden modificarlo de mil maneras, pues la sociedad no tiene interés en ello. Los hechos humanos posteriores a un delito no pueden modificar las condiciones de este, fuera de lo prescrito por la ley; y mucho menos los hechos arbitrarios de un funcionario público pueden hacer que cesen o que continúe, a capricho suyo, la necesidad de la represión, que es una necesidad social. La teoría de la interrupción pasó de las materias civiles a las penales sin suficiente examen y sin madura consideración de sus dos naturalezas distintas; se aceptó con gusto la ilación errónea, y la teoría misma fue ampliada, tan solo por idolatría al arbitrio. La única razón para sostenerla es esta del culto al arbitrio; no hay otra que pueda alegarse seriamente y sin incurrir en sofisma"[38] (Negrita nuestras).

[37] Aquí es conveniente diferenciar la acción penal sustancial de la acción procesal. Mientras que con la primera el Estado exterioriza su pretensión punitiva, a través de la afirmación de la posible existencia de un delito, y la petición de que se investigue sobre su existencia y se castigue al responsable (si lo hubiere), la segunda se traduce en el poder de presentar dicha pretensión ante los órganos jurisdiccionales, obligándolos a que decidan sobre el fundamento fáctico y jurídico de aquella, es decir, si están dadas las condiciones para aplicar la pena. (José Cafferata Nores. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1997, p. 4).

[38] CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General.* Volumen II. Cuarta edición. Editorial TEMIS. Bogotá. 1985, pp. 181-183.

Pero no son estas las únicas líneas que escribió dicho autor sobre el tema. Como anillo al dedo de lo que venimos sosteniendo encontramos otros argumentos de este gran jurista, esta vez en su conocido "Programa de Derecho Criminal":

> "...soy contrario al sistema de *interrumpir* la prescripción de la *acción*. Muchos han enseñado y establecido que la *acción penal* puede durar hasta cincuenta y más años, con tal que el funcionario investigador o acusador haya *interrumpido* la prescripción con algún *acto de instrucción*, ejecutado a intervalos, a su arbitrio. Así, en primer lugar, se deja al *arbitrio* de un hombre el que una acción penal prescriba contra el que le parezca, lo cual es un abuso. Y en segundo lugar, es claro que esta idea nace de una deducción equivocada del derecho civil, ya que la prescripción penal no se basa de ninguna manera, como la civil, sobre la protección de los vigilantes y el castigo de los negligentes. Sería ridículo que, para castigar la negligencia de un juez, se dejara libre al culpable, y a la sociedad sin defensa. Estos conceptos no tienen nada en común con las leyes penales...*omissis*...Es cierto que este método irracional y bárbaro de concederle al acusador el arbitrio de prolongar indefinidamente la acción penal y hacerla durar a su capricho hasta sesenta años, interrumpiendo su curso con actos sucesivos de procedimiento, es una novedad del siglo presente, introducidas por las leyes napoleónicas, basándose nada más que en analogías con las prescripciones civiles, pero en analogías radicalmente sofísticas...la interrupción por actos de procedimiento en materias criminales, no fue admitida ni en el derecho romano ni en las antiguas prácticas, ni tan siquiera en la antigua Francia, donde hoy mismo los criminalistas que prefieren los sagrados principios de la razón, antes que los textos positivos, reprueban este sistema como una insensata y cruel enormidad, que solamente pueden alabar los que gustan de prostituir el derecho punitivo para hacer de él un arma política."[39]

Resumiendo pues, unos actos interruptivos a disposición del promotor de la acción pueden producir desigualdad entre las partes, por generar ventajas totalmente desproporcionadas a favor del Estado, o del particular afectado, convirtiendo paradójicamente la prescripción en una institución en contra del perseguido, y en beneficio del perseguidor, cuando debiera ser todo lo contrario.

[39] CARRARA, Francesco. Ob. cit., p. 61-62, 73-74.

Por otra parte, le imprime al sistema jurídico una importante inseguridad, dado que no se trata de actos que se producen con la certidumbre y certeza de los jurisdiccionales, o en momentos procesalmente predeterminados, sino que están dispuestos a criterio del perseguidor, lo cual los podría convertir en imprevisibles.

Sobre el particular, Pastor nos precisa que:

> "Un punto de partida seguido por este trabajo para la determinación de un catálogo de actos del procedimiento principal que interrumpen la prescripción de la persecución es la naturaleza judicial, en sentido estricto, de ellos. Nuestro sistema constitucional ha otorgado a los tribunales formados según la ley fundamental, con jueces profesionales y jurados, el poder de realizar y aplicar el derecho material. Sólo los actos de esos jueces, de esos tribunales, pueden ser considerados actos de 'secuela del juicio'. Ello es así, en primer lugar por las mismas razones de interpretación restrictiva de la ley que me llevaron a afirmar que los actos interruptivos de la prescripción durante el procedimiento, si los hay, sólo pueden corresponder a la etapa principal del proceso. En efecto, la limitación del poder penal a través de la interpretación más restrictiva indica que sólo el órgano encargado del juzgamiento, esto es el tribunal de juicio, puede decretar actos procesales que, además de su fin propio, interrumpan la prescripción. Esto deja fuera del círculo en cuestión, sin duda, en primer lugar, a los actos del defensor y los propios del imputado."[40]

Independientemente de que el autor citado se está refiriendo a la legislación Argentina, en donde los actos de interrupción no están enunciados taxativamente como en la reforma en cuestión, y que tampoco posee una fórmula de duración definitiva y terminante del proceso penal, como la llamada prescripción judicial, no obstante es relevante para nuestro estudio, porque justifica muy bien el porqué esos actos interruptivos han de tener una naturaleza estrictamente judicial. Así las cosas, sólo los tribunales pueden tener esa potestad dada su autoridad para realizar y aplicar el derecho sustantivo a un caso concreto, sólo ellos tienen la facultad de autorizar con sus actos la evolución y desarrollo del proceso, de pasar de una etapa a otra.

Sobre el particular Binder ha referido que si la prescripción de la acción penal tiene la misión de fomentar la actividad estatal realizadora

[40] PASTOR, D. *Prescripción*...Ob. cit., p. 119.

del derecho material, cumpliendo el papel de sanción por el retardo en la persecución, erigiéndose de esta manera en un mecanismo activador del derecho fundamental a la definición del proceso penal dentro de un plazo razonable, mal puede otorgarse a los propios órganos estatales encargados de la persecución la posibilidad de prolongar los plazos cuando así lo consideren.[41]

Por supuesto que habrá quienes justifiquen esta causa de interrupción, en que "los actos que interrumpen la prescripción no pueden ser decretados ni arbitraria ni casualmente, sino que sólo serán procedentes en un determinado momento del proceso...Sin embargo, la amplitud que la investigación preliminar tiene hoy en nuestro sistema, convirtiéndola en el 'verdadero juicio'...con la facultad para el órgano competente de dictar los actos (p.ej.: declaración indagatoria...etc.) que la jurisprudencia ha interpretado que interrumpen la prescripción en cualquier momento de ella, muestra claramente que la afirmación 'prolongar los plazos a su antojo' no es arbitraria."[42]

Permitir por tanto que el titular de la acción penal, o la víctima, realice los actos de interrupción de la prescripción podría ir en contra de las reglas de un proceso limpio y justo, sería capaz de vulnerar el debido proceso, podría convertir al perseguido en un disminuido o *sub judice* procesal, es imponerle una *capitis diminutio*.

Como dijimos, hoy día la prescripción es vista más bien como un obstáculo o impedimento procesal que compone el debido proceso, siendo éste derecho a la vez una condición objetiva de punibilidad de toda condena. Esto quiere decir que si se hace nugatoria la prescripción, aun a nivel legislativo, se está autorizando un proceso penal contrario al debido proceso, o sea, indebido e ilegítimo, que de llegar a una condena ella estaría totalmente deslegitimada.[43]

Así las cosas, encontramos la impecable e irrebatible opinión de Maier, quien excluye cualquier posibilidad de interrupción de la prescripción por actos del Ministerio Público o del acusador privado, cuando señala que:

[41] Tomado por PASTOR del trabajo de BINDER, ambos citados. *Prescripción...*, p. 70.
[42] *Ibídem*.
[43] PASTOR, Daniel. *Acerca de presupuestos ...* Ob. cit., p. 796.

"creemos que deben eliminarse del concepto los actos del acusador –público o privado– pues él sólo puede instar el avance del proceso a una faz sucesiva realizando los actos que le competen, pero es solamente el órgano jurisdiccional quien acuerda o no el progreso del proceso. Por otra parte, tolerar que los actos del MP puedan tener efecto interruptivo de la prescripción, aunque sólo se trate de aquel acto que permite el comienzo del juicio público, sería, de alguna manera, vulnerar, nuevamente, las reglas del 'juego limpio', dado que se estaría dotando a uno de los sujetos, el acusador, de un poder que no tiene correlato en el imputado, con la consiguiente lesión del principio procesal de igualdad de armas..."[44]

Por otra parte, la última de las causales de interrupción señaladas por el legislador es la contenida en el literal "c": "las diligencias y actuaciones procesales que **le** sigan". (Negritas nuestras).

Cuando el reformador utilizó el singular que acabamos de destacar nos estaría llevando a entender que esas diligencias y actuaciones procesales que interrumpen el curso de la prescripción son las que le siguen a la querella instaurada por la víctima, que es el literal precedente, y no a las practicadas después de la citación con el carácter de imputado (literal "a"), porque de ser así hubiese usado el plural ("les"sigan).

6. Conclusiones

Con base a todo lo expuesto podemos concluir en que los artículos 108 y 110 del Código Penal quebrantan, entre otros, principios consagrados en la Constitución de la República y en tratados internacionales, tales como el de seguridad jurídica, el de la definición de un proceso dentro de un plazo razonable, el de proporcionalidad en sentido amplio (prohibición de exceso), el de igualdad ante la ley, el de presunción de inocencia y el de dignidad humana.

Tal y como vimos, genera un problema de inseguridad jurídica el haber sustituido la pena de "presidio" por la de "prisión" en los numerales 1, 2 y 3 del nuevo artículo 108 del Código Penal. A todo evento, nos parece que resulta inadmisible, por inconstitucional, deducir que se ha-

[44] Cita de Maier hecha por Pastor: *Prescripción*...Ob. cit., pp. 120-121.

bría establecido la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir los delitos que en el texto aparecen con pena de presidio.

Por otra parte, si se llegase a entender que los numerales 1 al 3 del artículo 108 CP aluden a la pena de "presidio, el lapso más alto para perseguir los nuevos hechos punibles de tan elevadas penas de "prisión" sería nada más que de cinco años (numeral 4), lo que sería desproporcionado y aparece violatorio al valor justicia, ante la gravedad social de tales figuras delictivas.

Igualmente, resulta contrario a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos el que se haya previsto que la contraparte del perseguido, pública o privada, sea la que tenga la potestad de interrumpir el curso de la prescripción, de una acción como la penal.

Ello, entre otros derechos, atenta contra los precitados principios de seguridad jurídica (que emana del principio de legalidad), la justicia dentro de un plazo razonable (artículos 7-5° y 8-1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, y los artículos 9-3° y 4°, y 14-3°-c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la dignidad del inculpado, la presunción de su inocencia y la igualdad de armas (de las partes de un proceso ante la ley).

Una interrupción del curso de la prescripción de la acción penal como la legislada subvierte el sentido público del proceso penal, al trastocar la esencia misma de la prescripción: en vez de motivar (obligar) a los órganos de persecución a cumplir con sus funciones dentro de los lapsos legales, exige más bien de las partes ser oportunas en el ejercicio de su acción.

Al castigo que ella debiera significar para los operadores del sistema penal que hayan incumplido sus deberes en el tiempo requerido, se le estaría añadiendo una especie de sanción por la inactividad de los accionantes (prescripción extintiva civil). A esto hay que sumarle el eventual efecto de hacer nugatoria la existencia de la prescripción ordinaria, cuando dichas partes tienen ahora la posibilidad de ampliar a su criterio el período de la investigación.

Como vemos, en definitiva los preceptos contenidos en los artículos 108 y 110 del actual Código Penal vulneran los principios y valores en que se sustenta un Estado democrático, social, de Derecho y de justicia.

CAPÍTULO IV

LIBRO SEGUNDO
DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE DELITO

TÍTULO I
De los delitos contra la independencia y la seguridad de la Nación

CAPÍTULO I
De la traición a la Patria y otros delitos contra ésta

DELITO DE TRAICIÓN A LA PATRIA

Artículo 128

"Cualquiera que, de acuerdo con país o República extranjera, enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, conspire contra la integridad del territorio de la patria o contra sus instituciones republicanas, o las hostilice por cualquier medio para alguno de estos fines, será castigado con la pena de presidio de veinte a treinta años.

Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	a) Conspirar contra la integridad del territorio de la patria o sus instituciones republicanas. b) Hostilizar por cualquier medio para alguno de estos fines.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	El territorio de la patria o sus instituciones republicanas.
Penalidad:	Presidio: 20 a 30 años.

1. Doctrina:

El bien jurídicamente tutelado es el derecho de la nación venezolana para autodeterminarse y el libre ejercicio de los atributos de la soberanía.[45] Para Mendoza Troconis, la traición a la Patria implica deslealtad y el desconocimiento del deber de fidelidad que liga a los nacionales con su país. Se trata de un tipo de peligro por no requerirse la afectación o destrucción del bien jurídico tutelado sino la exposición a peligro.

Conspirar significa unirse algunos contra el superior; supone la utilización de medios fraudulentos sin ánimo de hacer pública la acción delictuosa. A pesar del significado de la expresión conspirar, al tratarse de un tipo de sujeto activo indiferente, un extranjero puede desplegar las conductas típicas. El modo de comisión es el acuerdo, que celebra el traidor a la patria con país o república extranjera, enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos.

Uno de los aspectos novedosos de la reforma de este tipo es la inclusión entre los sujetos con los que se celebra el acuerdo traidor, a los terroristas y otros grupos irregulares.

El Diccionario de la Real Academia Española define terrorismo en su primera acepción como "la dominación por el terror". La segunda acepción que da es "sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror". Pero es probablemente la tercera la que recoge un significado más preciso: *Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos*. Presenta además cuatro acepciones para la palabra «terrorista», a saber: "persona partidaria del terrorismo"; "que practica actos de terrorismo"; "perteneciente o relativo al terrorismo"; "dícese del gobierno, partido, etc., que practica el terrorismo".

En general, se denomina terroristas a los grupos armados clandestinos considerados enemigos, y guerrilleros, partisanos, resistentes o *luchadores por la libertad* a los grupos armados clandestinos considerados amigos o neutrales. Por todo ello, muchos especialistas consideran la palabra *terrorismo* un término que ha devenido en meramente propagandístico.

[45] SOSA CHACÍN, Jorge. *Los Delitos de Traición a la Patria*. Revista de la Facultad de Derecho. N° 20. 1960, pp. 69-84.

Las principales características que habitualmente se emplean para definir un acto terrorista son: su carácter delictivo, su gravedad, su frecuente propósito intimidatorio y su frecuente dimensión política. Existe un amplio consenso en admitir que el terrorismo es un tipo de violencia que persigue objetivos políticos a través del temor que genera. Pero también hay otras formas de violencia que persiguen propósitos políticos y que indudablemente generan temor, por ejemplo la guerra convencional o guerrilla.

"La insurrección armada, que a menudo toma la forma de guerrilla, es una violencia política dirigida contra objetivos combatientes, mientras que el terrorismo se dirige contra objetivos no combatientes. Existe por supuesto el habitual problema de las "zonas grises". La distinción entre una acción guerrillera contra objetivos combatientes y una acción terrorista contra objetivos no combatientes no siempre es tan nítida como aparece en su enunciado. Hay además organizaciones que practican tanto la guerrilla como el terrorismo, que en definitiva son las dos formas de violencia política a las que más fácilmente puede recurrir un grupo insurgente."[46]

En cuanto a los grupos paramilitares, constituyen formaciones militares armadas que actúan como escuadrones de la muerte y suelen asociarse con otros grupos delictivos relacionados con el narcotráfico o combatir contra grupos guerrilleros.

Hostilizar, significa dirigir actos hostiles, es decir, acciones dañosas en calidad, de enemigo, modalidad de conducta que se trata de medios resultativos por cuanto emplea la expresión "por cualquier medio", por ello no se requiere el acuerdo.

El objeto material de la acción típica lo constituye la integridad del territorio y las instituciones Republicanas. Al no tener el tipo descripciones de carácter temporal, espacial o circunstancial el delito puede cometerse

[46] AVILES, Juan. (2002) Conferencia pronunciada en el Seminario *"Terrorismo: nuevas manifestaciones. Nuevas respuestas."* Universidad de Granada.

tanto en tiempo de paz como de guerra, dentro del territorio de la República o en territorio extranjero, imperando los principios sobre validez espacial de la ley penal consagrados en el artículo 4 del Código Penal.

El móvil es lesionar la integridad del Territorio de la República y desestabilizar las instituciones republicanas.

El elemento subjetivo está constituido por la intención de conspirar contra la integridad del territorio o contra las instituciones republicanas.

2. Cambios con la reforma:

- Mantiene la misma numeración del artículo.
- El anterior artículo establecía que *"Cualquiera que, de acuerdo con* ***una Nación*** *extranjera o con enemigos exteriores, ..."* (destacado nuestro). El artículo reformado cambió la expresión *"una Nación"* por *"país o República"* agregando además *"grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos"*.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales para las personas que hayan sido condenadas por la comisión de este delito.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"Delitos que comprometen la paz, la dignidad y la seguridad de la Nación. Artículo 219 del C.P.

La doctrina ha destacado que contrariamente a lo que ocurre con la traición o la conspiración, las cuales se caracterizan por presuponer un estado de guerra, en el capítulo II del título IX del libro II del C.P., por el contrario se sancionan aquellos actos que pueden provocarla, por que presupone la paz; de allí que atentar contra la paz sea atentar contra la seguridad, porque la guerra en sí es un peligro contra ésta última." (Cámara Nacional de Casación Penal. 15/11/00. Número 2411).

DELITO DE FAVORECIMIENTO AL TERRORISMO Y A LA DESESTABILIZACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO DE LA REPÚBLICA

Artículo 140

"El venezolano o extranjero residente en el país, que facilite directa o indirectamente al país o República extranjera, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, albergue, resguarde, le entregue o reciba de ellos suma de dinero, provisiones de alimentos o cualquier tipo de apoyo logístico, o pertrechos de guerra, o aparatos tecnológicos que puedan emplearse en perjuicio de la República Bolivariana de Venezuela, la integridad de su territorio, sus instituciones republicanas, ciudadanos y ciudadanas o desestabilice el orden social, será castigado con prisión de diez a quince años.

Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	El venezolano o extranjero residente en el país.
Acción:	a) Facilitar al perjuicio de la República o b) desestabilizar el orden social.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	La República Bolivariana de Venezuela, su territorio, sus instituciones republicanas, ciudadanos y ciudadanas.
Penalidad:	Prisión: 10 a 15 años.

1. Doctrina:

Con esta descripción se tutela la integridad de la República Bolivariana de Venezuela, la estabilidad de las instituciones republicanas, el orden social y de convivencia que debe imperar entre los ciudadanos, contra las pretensiones de ataques provenientes de país o república extranjera, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, grupos insurgentes o subversivos, bien que actúen o no en concierto con ellos.

La conducta consiste en facilitar tanto en tiempo de paz como de guerra, a país o república extranjera, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, grupos insurgentes o subversivos los medios o circunstan-

cias que puedan emplearse en perjuicio de la República Bolivariana de Venezuela. Facilitar es entregar o proporcionar, haciendo con esta entrega la ejecución de los planes del enemigo Tales medios o circunstancias pueden consistir en albergar o resguardar a los miembros de tales grupos o asociaciones así como recibirles o suministrarles, sumas de dinero, provisiones de alimentos, apoyo logístico, pertrechos de guerra aparatos tecnológicos. Encaja en las descripciones del tipo la entrega o recepción de tales medios a país o república extranjera, entrega que ha de ser efectiva. El delito se consuma cuando se entrega o proporciona los medios típicos por lo que no se requiere que se produzca el resultado querido por el enemigo.

Los medios suministrados deben tener la entidad que en caso de emplearse puedan causar un perjuicio a la República Bolivariana de Venezuela, a la integridad de nuestro territorio, instituciones republicanas, ciudadanos o puedan desestabilizar el orden social. Se trata de un tipo de peligro por lo que no se requiere que se materialice el perjuicio. El perjuicio se establece por la cualidad del daño, en las operaciones militares, en las finanzas o el comercio del país, o en la ofensa moral que se derive del hecho del suministro; bien por su cantidad, siempre que sea un daño sensible para la República.

Para el Dr. Mendoza Troconis en el concepto de dinero debe entenderse también crédito, en el de provisiones, víveres, frutos y mercancías, en los elementos de guerra, las armas, municiones, vestuarios, caballos, naves y materias primas indispensables, como petróleo, carbón, hierro, etc., elementos que son determinados en los casos de conflictos armados.[47]

La conducta puede desplegarse en tiempo de guerra con el extranjero, estorbando la acción de la República, divulgando secretos, facilitando planos.[48] Para Sosa Chacín, al comentar la anterior descripción precisa que ella se consagraba una forma de favorecimiento bélico, puesto que la ayuda se presta a combatientes o a elementos empeñados en una guerra.[49] La nueva

[47] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Parte Especial. Tomo IV, p. 41.

[48] GODOY FONSECA, Pablo. Comentarios al Código Penal Venezolano que rige desde el día 16 de septiembre del año 1926. Tipografía Americana. Caracas. Venezuela. 1930, p. 185.

[49] SOSA CHACÍN, Jorge. Ob. cit., p. 86.

descripción no contiene la referencia "en tiempo de guerra", pero ello no excluye que este delito pueda cometerse en tal tiempo o en el de paz.

En cuanto a los sujetos de la relación típica tenemos que el sujeto activo debe ser un venezolano o un extranjero residente en la República. La acción típica puede cometerse directa o indirectamente, es decir, con la intervención personal del sujeto activo o por interpuestas personas u otros medios indirectos. El sujeto pasivo lo será la República Bolivariana de Venezuela.

Se trata de un tipo doloso en el que el agente realiza los actos propios que tengan por objeto favorecer las operaciones militares del enemigo, considerado el acto en lo objetivo y subjetivo.

2. Cambios con la reforma:

- Mantiene la misma numeración del artículo.
- El anterior artículo establecía que *"El venezolano o extranjero, residente en la **República**..."*(destacado nuestro). El artículo reformado cambió la expresión *"la República"* por *"el país"*.
- Se suprimió la frase *"...en tiempo de guerra..."* de modo que con la reforma no se limita la Acción al tiempo de guerra.
- Se cambió la expresión *"...a la Nación enemiga o sus agentes,..."* por *"...al país o República extranjera, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, ..."*.
- Se cambió la expresión: *"..., dinero, provisiones de boca o elementos de guerra..."* por la expresión *"...albergue, resguarde, le entregue o reciba de ellos suma de dinero, provisiones de alimentos o cualquier tipo de apoyo logístico, o pertrechos de guerra, o aparatos tecnológicos..."*. La cual incluye los verbos rectores: albergar, resguardar, entregar o recibir, así como también amplía el objeto material del delito.
- En cuanto al Sujeto Pasivo, el artículo anterior sólo establecía: *"...que puedan emplearse en perjuicio de Venezuela, ..."* en cambio el artículo reformado es más amplio al indicar *"...que puedan emplearse en perjuicio de la República Bolivariana de Venezuela, la integridad de su territorio, sus instituciones republicanas, ciudadanos y ciudadanas o desestabilice el orden social, ..."*.

- La pena de prisión de 1 a 5 años se aumentó de 10 a 15 años en el artículo reformado.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales para las personas que hayan sido condenadas por la comisión de este delito.

3. Marco Jurisprudencial:

El terrorismo indiscriminador. Concepto:

"Es una realidad inconcusa e indiscutible que la lucha armada de índole política debe regirse por las leyes de guerra. Así que atentar contra inocentes o los derechos privados o de personas particulares, aunque se alegue un móvil político, no está justificado en lo absoluto".

"Entonces: si semejante atentado contra inocentes o los derechos privados se realiza por medio de una violencia y alevosía tales que provoquen males innecesarios, estragos y terror, estaríase ante el TERRORISMO indiscriminador, esto es, aquel que no es selectivo al escoger sus blancos y ex profeso ataca inocentes".

"El TERRORISMO, y máxime el TERRORISMO indiscriminador, desconoce las prescripciones del Derecho Penal humanitario, hace peligrar vidas humanas inocentes y muchas veces las aniquila, por lo que atenaza las libertades esenciales y yugula los derechos humanos, por todo lo cual violenta la paz social e impide la convivencia humana al lesionar las instituciones sociales fundamentales, por lo que es un delito de lesa humanidad o "delicta iuris gentium" y no merece el beneficio del delito político puro o idealista. El TERRORISMO es un falso delito político. No se finca en un legítimo y sano móvil político, sino en uno espurio y corrompido: no es un buen ideal de gobierno el perjudicar inocentes y hasta matarlos deliberadamente. El TERRORISMO no es un delito político de los que merecen un beneficio. Beneficio que repugnaría a la Justicia, al Derecho Penal y al sentido moral de las gentes en el mundo".

"El TERRORISMO es proteiforme porque abarca numerosos medios de comisión. Uno es el secuestro de aviones y es una de las acciones que se le imputan en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Otro es el secuestro de personas y así mismo es un proceder por el cual se acusa penalmente ("secuestro extorsivo") en Colombia al ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO. Sobre la base de la imputación de tales conductas se decretó en Colombia la detención del ciudadano JOSÉ MARÍA BALLESTAS TIRADO".

"A los autores o indiciados o sospechosos de hechos delictivos calificables y calificados como TERRORISMO, no se les debe conceder el derecho al asilo o refugio cuando se les acusa, con sólidos fundamentos, de cometer actos que no sólo perturbaron el orden de un Estado determinado, sino el de todas las naciones civilizadas. La solidaridad debe unir a los Estados en el rechazo a ese tipo de actuaciones. Un problema internacional debe tener una solución internacional y, ante la universalización del TERRORISMO, es un deber cosmopolita el de prestar toda la cooperación al efecto: es indispensable para la aplicación del Derecho humanitario que los Estados se prodiguen una recíproca asistencia mutua judicial en materia penal".

"El TERRORISMO es un delito proditorio, protervo y proteico, que hace víctimas, en particular, a las poblaciones de los Estados en los cuales se escenifican los bárbaros medios de comisión. Y, en general, hace víctima a la población mundial que sufre el terror de que atentados similares se produzcan en todas partes. Al TERRORISMO se le considera un delito internacional contra el derecho de gentes y por eso se han organizado unas coaliciones universales para enfrentarlo".

"El TERRORISMO está constituido por una serie de conductas de atroz inhumanidad, que no son delitos políticos y que por esto siempre deben dar lugar a la extradición: es inadmisible que baste un móvil político para justificar cualquier clase de crimen. El fin político no debe justificar ciertos medios de lucha. Los delitos políticos, como idealistas que son o debieran ser, son refractarios a los crímenes más graves y aunque tengan una finalidad política o sus autores la pretextaran: predominaría el carácter de delito común por la teoría de la preponderancia y no hay lugar a inmunidad internacional alguna" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 869 del 10 de diciembre de 2001, caso José María Ballestas).

CAPÍTULO II
De los Delitos Contra los Poderes Nacionales y de los Estados

DELITO DE OFENSA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Artículo 147

> *"Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de ésta si fuere leve.*
> *La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Ofender o irrespetar al Presidente o Presidenta de la República o a quien esté haciendo sus veces.
Medios de Comisión:	De palabra, por escrito, o de cualquier otra manera.
Sujeto Pasivo:	El Presidente de la República o quien esté haciendo sus veces.
Penalidad:	Prisión: 6 a 30 meses si es grave. Si es leve será castigado con la mitad de la pena. Aumenta en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

1. Doctrina:

El bien jurídico tutelado es garantizar la personalidad moral y el prestigio del máximo mandatario. Se tutela el honor, decoro y reputación del Presidente de la República. La Sala Constitucional al conocer de recurso de inconstitucionalidad de la descripción típica, en sentencia 1942 de fecha 15 de julio de 2003, precisó que a través de la descripción típica se afecta el respeto que merece como ser humano el Presidente de la República, lo que a su vez asienta el respeto por las instituciones, evitando que se afecte la moral pública, entendiendo que las instituciones dirigidas por personas contra las que se potencia el odio entorpece socialmente la labor de las instituciones que dirigen o a la que pertenecen por lo que concluyó que a través de esta descripción típica "se brinda una doble protección: a la persona humana y al cargo, a fin de no debilitar al Estado."

En cuanto a la ubicación de la descripción en el Capítulo relativo a los delitos contra los Poderes Nacionales y de los Estados y no en el de ofensas a funcionarios públicos investidos de autoridad o en los delitos contra las personas, Febres Cordero lo explica con base en la intención de impedir el peligro político que provendría del descrédito en que se dejara caer al Presidente de la República con motivo de las ofensas irrogadas.[50]

Este delito puede revestir las formas de difamación o injuria descritas en el Título IX del Código Penal en los delitos contra las personas. En el caso de ofensas contra el Presidente de la República, no se requiere precisar si la ofensa es una difamación o una injuria, bastando que sea una expresión ofensiva grave o leve de acuerdo con la apreciación del juez, quien puede resolver sobre la gravedad o lenidad de la ofensa. La gravedad de la ofensa incide en la penalidad. Para el Dr. Mendoza Troconis la injuria contra los altos mandatarios se castiga con una sanción más rigurosa que la injuria común, colocada entre las ofensas políticas, debido al prestigio que debe dársele al primer magistrado para que cumpla eficazmente su misión gubernativa.[51]

El delito consiste en ofender de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetar. Vilipendio es descrédito, desprecio o denigración. Ofender en la acepción que aquí ha de tomarse, tratándose de un delito de ofensa, es injuriar de palabra, e injuriar es ofender el decoro, la reputación de una persona.[52] Ofender es humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, maltratar, injuriar, denostar; mientras que irrespetar es no tener consideración o deferencia con alguien que por su condición merece acatamiento, veneración u otros sentimientos similares. La ofensa es de medios determinados: de palabra o por escrito. Irrespetar es falta de acatamiento, miramiento, atención.[53] Es una modalidad de medios resultativos al establecer "o de cualquier otra manera".

El tipo contiene una forma agravada relacionada con una referencia de lugar que consiste en que la ofensa o irrespeto se haya hecho en forma pública.

---

[50] FEBRES CORDERO, Héctor (1993) *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I, pp. 63-68.
[51] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Obra citada. Tomo IV. Vol., p. 105.
[52] CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Penal*, pp. 347-349.
[53] FEBRES CORDERO, Héctor Ob. cit., Tomo I, pp. 63-68.

En cuanto al móvil que haya tenido el sujeto activo para proferir la ofensa o el irrespeto, resulta irrelevante. No exige el tipo la presencia del ofendido ni que se encuentre ejerciendo las funciones propias de su cargo.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de un tipo doloso, voluntad de ofender o irrespetar al Presidente de la República. La ofensa irrogada con voluntad de ofender a una determinada persona, pero ignorando que esa persona es el Presidente de la República, podría concretar el delito común que tal ofensa constituya, pero no el tipo en estudio.[54]

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de ofensa al Presidente de la República. Antes 148, ahora 147.
- El encabezado y primer aparte sólo sufrieron leves cambios de forma.
- Se suprimió el segundo aparte del artículo 148 que establecía: *Si la ofensa fuere contra el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, la pena será de cuatro meses a dos años, cuando la ofensa fuere grave, y con la mitad de esta pena, cuando fuere leve.* Pero se incluyó en el artículo siguiente (ver **Comentarios con la reforma** del artículo 148).
- Se mantuvo igual la penalidad.

3. Marco Jurisprudencial:

Ofensas al Presidente de la República

"No exigen los artículos 148 y 149 del Código Penal, para que las ofensas e irrespetos al Presidente de la República, al Presidente de alguno de los Estados de la Unión y a otros altos Magistrados, tengan cabida en sus sanciones, que tales hechos se hayan cometido por medio de la prensa. La primera de las citadas disposiciones penales, en que se afirma la segunda, sólo emplea los términos 'de palabra o por escrito' y a continuación la frase –'o de cualquiera otra manera irrespetare'– No requieren, pues, esas disposiciones legales para la figuración de los susodichos delitos, en el

[54] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, pp. 63-68.

segundo de sus aspectos se entiende, que haya habido publicidad en u periódico, o por la imprenta propiamente dicha. Ni siquiera exigen tampoco el órgano de la 'palabra', como lo enseña la frase que se dejó textualmente transcrita.

Basta, pues, en recta inteligencia [de los citados artículos], en cuanto al medio de la escritura que es el que aquí interesa, que el autor o agente de la ofensa o el irrespeto se hayan valido de aparatos como los llamados multígrafos o máquinas de escribir, de manuscritos, carteles o pasquines fijados en los sitios públicos contentivos de la ofensa o el irrespeto.

Y de todo esto se infiere, asimismo, de la manera más precisa que la ofensa o el irrespeto pueden serlo no públicamente, sino de carácter absolutamente privado, vale decir, por medio de una carta dirigida personalmente al funcionario: declarado por el autor que tal carta la escribió y envió el mismo, el delito existe y cae bajo las sanciones legales.

La publicidad no es, pues, característica de [tales delitos], y esto aparece claramente aún en el aparte del artículo 148 que establece, como por agravante, el aumento de una tercera parte de la pena para el caso de que la ofensa 'se hubiere hecho públicamente'. Una agravante no es el delito mismo, que puede existir y frecuentemente existe sin aquella. Un sentido diverso conduciría a la falsedad de confundir la modalidad o manifestación de una cosa con la esencia de la cosa misma." (Sentencia 01/06/1939. Corte Federal y de Casación).

DELITO DE OFENSAS CONTRA ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS PODERES PÚBLICOS

Artículo 148

"Cuando los hechos especificados en el artículo precedente se efectuaren contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los municipios."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Ofender o irrespetar a la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, o de un Alcalde.
Medios de Comisión:	De palabra, por escrito, o de cualquier otra manera.
Sujeto Pasivo:	La persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, algún miembro del Alto Mando Militar, o de un Alcalde.
Penalidad:	Se aplica la pena indicada en el artículo 147 reducida a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los municipios.

1. Doctrina:

El tipo contiene una remisión a la conducta típica del delito de Ofensas al Presidente de la República descrito en el artículo 147 del Código Penal, por lo que valen las mismas consideraciones hechas en cuanto al bien jurídico objeto de tutela y a las modalidades típicas de la conducta. La diferencia sustancial entre ambas descripciones radica en cuanto al sujeto pasivo que es calificado por tratarse de una ofensa o irrespeto proferida en agravio de la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar y de los Alcaldes de los municipios.

También contiene el tipo una remisión al artículo 147 del Código Penal en cuanto a la pena la cual será la mitad de la prevista y si se trata de los Alcaldes de los Municipios será de un tercio.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de ofensas contra altos funcionarios de los poderes públicos. Antes 149, ahora 148.
- El segundo aparte del artículo 148 incluía a *"...el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia,..."* el artículo reformado incluye a los diputados o diputadas de la Asamblea Nacional y a los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.
- Se incluyeron como sujetos pasivos a los rectores del Consejo Nacional Electoral, al Defensor del Pueblo, al Procurador General, al Fis-

cal General, al Contralor General de la República y a los miembros del Alto Mando Militar.

- En el artículo reformado se eliminó como sujeto pasivo a los Presidentes de los Consejos Legislativos de los Estados y los Jueces Superiores.
- El anterior artículo establecía al final del listado de sujetos pasivos que "*..., o contra la persona que esté haciendo sus veces, ...*". Esto se suprimió en el artículo reformado.
- Se mantuvo igual la penalidad.

3. Marco Jurisprudencial:

Vilipendio y Ofensas Contra Altos Funcionarios de los Poderes Públicos

"...la Corte Suprema de Justicia examinó la naturaleza de las manifestaciones formuladas por los ciudadanos...., el primero en el artículo publicado en "El..." edición de fecha 22 de julio corriente, y el segundo en declaraciones difundidas por canales de televisión y periódicos de Caracas en los días 22 y 23 del mismo mes, así como en los artículos publicados por los nombrados ciudadanos respectivamente en "El..." el 27 de este mes y en "El..."

Después de oír las opiniones de sus integrantes, la Corte aprobó el Acuerdo que se fundamenta en los siguientes considerandos:

1. *Las aludidas manifestaciones constituyen, en concepto de la Corte, groseras ofensas contra los Magistrados de una de sus Salas y vilipendio contra el más Alto Tribunal de la República y máxima representación del Poder Judicial, muy diferentes y distantes de las críticas jurídicas de las decisiones judiciales que este Cuerpo no sólo siempre ha admitido sino auspiciado.*
2. *Sin perjuicio de las acciones legales que puedan corresponder a los Magistrados directamente afectados, contra los autores de delitos expresamente contemplados en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Código Penal, la Corte, con el ánimo de actuar en la forma objetiva e imparcial que siempre ha caracterizado sus actuaciones y de que sea un órgano distinto y componente del Poder Judicial quien aprecie los hechos ejecutados, ha decidido requerir al Fiscal General de la República para que proceda al enjuiciamiento de los presuntos culpables, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del Código Penal.*

3. *Al tomar el presente Acuerdo, la Corte ha tenido en consideración la circunstancia de la persistencia de campañas de denuestos contra el Poder Judicial y sus funcionarios, incluso contra algunos Magistrados de esta Corte, parte y culminación de las cuales se encuentran configuradas en los hechos que han sido antes examinados.*

Por último, considera oportuno la Corte hacer un llamado cordial pero categórico a los medios de comunicación social para que se abstengan de dar cabida en sus espacios a expresiones ofensivas e injuriosas como las que han sido objeto de su repudio en los considerandos anteriores. El uso correcto de la libertad de expresión del pensamiento garantizada por la Carta Fundamental, constituye la única e insustituible defensa del sistema democrático que le sirve de sustento y por cuya preservación deben luchar en primer lugar los integrantes de una profesión que estaría constantemente amenazada por cualquier otro sistema jurídico-político diferente." (Corte Suprema de Justicia en Pleno. Sentencia del 30/07/1985).

TÍTULO III
De los Delitos Contra la Cosa Pública

CAPÍTULO VII
De la Violencia o de la Resistencia a la Autoridad

DELITO DE AMENAZA A FUNCIONARIO PÚBLICO

Artículo 215

"El que amenace a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos, con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años.
Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la pena será de dos a cinco años.
Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte.
Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	a) Amenazar a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos; b) Amenazar a un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o a uno de sus parientes cercanos.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	a) Un funcionario público o uno de sus parientes cercanos. b) Un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o a uno de sus parientes cercanos.
Penalidad:	Prisión: 1 a 3 años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años. Primer aparte prisión de 2 a 5 años. Aumento de una tercera parte para el segundo aparte. Aumento de dos terceras partes para el tercer aparte.

1. Doctrina:

El bien jurídico tutelado es doble, por una parte protege la libertad del funcionario a quien se le constriñe por medio del empleo de violencia o amenaza y por otra protege la función que desempeña.

La conducta típica consiste en intimidar, se despliega a través de medios determinados como son el empleo de la amenaza o la violencia. La amenaza entraña según Manzini, citado por Febres Cordero, el anuncio de un mal injusto, futuro, próximo o remoto, dirigido contra cualquier bien jurídico del sujeto pasivo. La violencia queda constituida por el empelo de la fuerza física debiendo recaer sobre la persona física y no las cosas.[55] El empleo de este medio evidencia mayor desvalor de acción por lo que se castiga con mayor pena que con la violencia psicológica. El propósito del sujeto activo es amenazar o emplear violencia para intimidar al funcionario público o a sus parientes cercanos, para que el funcionario público haga o deje de hacer un acto propio de sus funciones. El acto que se trata de imponer debe ser de carácter funcional, resultando irrelevante la legalidad o ilegalidad del mismo.

Se trata de un delito de mera actividad por lo que basta efectuar la amenaza o emplear la violencia contra el funcionario público para constreñirlo al acto que persigue el agente, momento en el que el delito se consuma por lo que no se requiere el resultado querido por el sujeto activo. Para Febres, si el acto ya está en ejecución y la amenaza se profiere para impedir el cumplimiento del mismo, el delito es resistencia a la autoridad.

La descripción contiene subtipos agravados. La primera circunstancia que agrava el delito es que el sujeto pasivo sea el Vicepresidente de la República, los Diputados a la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Ministros, Fiscal General, Procurador General, Contralor General, Defensor del Pueblo, Gobernadores, Oficiales, Generales, Almirantes, Jefes de las Misiones Diplomáticas.

---

[55] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 218.

La otra circunstancia que agrava al hecho es de carácter espacial que consiste en la amenaza o la violencia se despliega en el domicilio o residencia del funcionario público en cuyo caso las penas se incrementan en una tercera parte.

Contiene el tipo una forma agravada en atención a la persona del sujeto activo que es la condición de funcionario público, tratándose de una modalidad de sujeto activo calificado que impone incrementar la pena en dos terceras partes.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de un injusto de estructura dolosa, requiriéndose la conciencia y voluntad de emplear la violencia o la amenaza para constreñir al sujeto pasivo a hacer u omitir algún acto de sus funciones. Para Soler si la vías de hecho o amenazas si tienen esta dirección subjetiva no se configura el tipo y el empleo de estos medios con un fin distinto al señalado en el tipo puede configurar otro delito, más el de estudio.[56]

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de amenaza a funcionario público. Antes 216, ahora 215.
- En el anterior artículo decía: *"El que use de violencia o amenaza"*, el artículo reformado eliminó el verbo usar y el término *"violencia"* lo utiliza en el último aparte del encabezado como un agravante de la pena.
- En el artículo anterior, los sujetos pasivos eran *"...la persona de algún miembro de la Asamblea Nacional, o contra un funcionario público, ..."*, el artículo reformado es más amplio al establecer como sujeto pasivo *"...a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos,..."*.
- El artículo anterior establecía *"...con el objeto de constreñirlo..."*, en cambio el reformado dice: *"...con el fin de intimidarlo..."*.
- En cuanto a la conducta que quiere obtener el sujeto activo del pasivo, el artículo anterior decía: *"...a hacer u omitir algún acto de sus funciones, ..."* en cambio el reformado es más general al establecer: *"...para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, ..."*.

[56] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 219.

- La penalidad se aumentó: el artículo anterior establecía prisión de 45 días a 15 meses, el artículo reformado establece prisión de 1 a 3 años. Además el artículo reformado distingue entre amenaza y violencia (como ya se comentó) y esta distinción tiene consecuencia en la pena ya que el último aparte del encabezado ordena que: *"...Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años."*. Esto es una novedad.
- Se suprimieron en el artículo reformado los ordinales 1° y 2° del artículo anterior que establecían los agravantes de la penalidad por cometer el hecho con armas o en reunión de más de 5 personas, concertadas para el efecto, aunque no estuvieran armadas. En su lugar, el artículo reformado incorpora tres apartes nuevos que contienen agravantes específicas. El primer aparte incluye un tipo calificado fijando una pena de 2 a 5 años cuando *"...los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela..."*. El segundo aparte indica que *"Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte."* Y el tercer aparte indica que *"Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes."*

TÍTULO V
De los Delitos Contra el Orden Público

CAPÍTULO II
De la Instigación a Delinquir

DELITO DE INSTIGACIÓN A EJECUTAR ACTOS EN CONTRAVENCIÓN A LAS LEYES

Artículo 283

"Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.

2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), según la entidad del hecho instigado."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Instigar a ejecutar actos en contravención a las leyes.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión de una tercera parte del delito instigado cuando la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión. En todos los demás casos, con multas de 150 U.T., según la entidad del hecho instigado.

1. Doctrina:

La descripción se encuentra inserta en los delitos contra el orden público, expresión utilizada para referirse a instituciones tanto de carácter constitucional como político. A los fines del Derecho penal el orden público tienen su significado distinto, pues es un concepto que está dentro del orden jurídico y se refiere específicamente a la disposición ordenada

de las cosas, que corresponde, en la colectividad, a la opinión y el sentido de tranquilidad y seguridad (Rocco). En este sentido es sinónimo de paz pública, de tranquilidad pública."[57] La Sala Constitucional en Sentencia N° 1942 del 15 de julio de 2003 señala que el orden público es una noción ligada a evitar el caos social, y lo define como el "*...Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos...*" (Tomado del Diccionario Jurídico Venezolano D & F, p. 57, señalado en la Sentencia N° 77 del 9 de marzo de 2000, Caso: José Alberto Zamora Quevedo).

La conducta típica consiste en "instigar" a uno o más sujetos a realizar actos en contravención a las leyes. Para Antolisei, citado por Febres, la instigación, implica una acción sobre la psiquis de otra persona para impulsarla a consumar determinado hecho, haciendo surgir o reforzando los motivos del impulso, o bien, destruyendo o debilitando los motivos inhibitorios.[58] En cuanto a los medios de comisión pueden ser cualquiera, por lo que expresión públicamente deja de ser una referencia espacial del tipo como era antes de la reforma y pasa a ser uno de los medios de comisión cuando expresa "o por cualquier medio", por lo que en ambientes privados también puede instigarse.

La instigación como forma de participación criminal consiste en determinar a otro a la ejecución de hecho punible y se encuentra en la parte infine del artículo 83 del Código Penal, representando la suma de esfuerzos de una persona para que otra ejecute el delito por ella querido, por lo que este instigador puede ser considerado partícipe del hecho perpetrado aun cuando no haya intervenido materialmente en los actos ejecutivos, pero para que haya participación por instigación se requiere la ejecución del hecho instigado, mientras que la instigación que estudiamos es una especie delictiva autónoma.

El delito es de mera actividad, por ello basta el acto de la instigación para que se estime realizada la conducta típica y ello se fundamenta en la "expresión por el solo hecho de la instigación será castigado", es de-

[57] Febres Cordero. Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 329.
[58] Febres Cordero, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 335.

cir, que de acuerdo a las exigencias del tipo no se requiere que se cometa el hecho instigado.

La instigación hecha en forma pública, se cumple, no sólo cuando el instigador actúa en presencia de varias personas, cumpliéndose la publicidad cuando se vale el agente de medios comunicación que llevan implícita la publicidad, capaz de establecer información simultánea o sucesiva con un número más o menos apreciable de personas, como la prensa escrita, hablada o televisada.[59] La reforma no reservó la instigación a que se haga en forma pública, sino que dice de otra manera. La publicidad como condición de la instigación le dota de las características propias de los delitos contra el orden público, por ser la forma capaz de determinar alarma colectiva. El Dr. Mendoza considera que la instigación privada no es delito, ni tampoco la simple propaganda de ideas inmorales, porque el instigador debe promover, en forma no equívoca y pública la perpetración de un hecho punible, por tanto, debe existir seriedad en la determinación y en el propósito.[60] Los nuevos tiempos con el avance de la tecnología tanto para las telecomunicaciones y sistemas de tecnología de información permiten en forma rápida difundir mensajes, datos, rumores, y a través de ellos también se puede determinar a otro para que realice actos en contravención a las leyes. El tipo no limita el acto instigado a que sea un delito como lo exigía la descripción reformada que expresaba "una infracción determinada", por ello el acto instigado puede consistir en realizar actos que puedan ser constitutivos de faltas o delitos de índole penal, o a incumplir por ejemplo determinadas infracciones de carácter administrativo que conlleven también una sanción, teniendo diferente consecuencia jurídico penal. La doctrina admite que el delito de instigación también pueda ser el instigado, más lo niega en los casos la instigación a la comisión de hechos inmorales no penalmente ilícitos, como tampoco la excitación de las pasiones tal como el odio de unos habitantes contra torso, pues configuran la instigación indirecta que es otra figura.

Si la instigación fuere para cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, la conducta se ha de relacionar directamente

[59] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 339.
[60] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., pp. 214-215.

con el delito instigado y el sujeto activo será castigado con una tercera parte de la pena prevista para ese delito. Si el hecho instigado no es un delito castigado con pena de prisión, la pena a imponer al instigador es multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), según la entidad del hecho instigado.

Si el hecho instigado se perpetra, el autor del mismo responderá por el hecho. Estima Febres que "si el hecho punible instigado se cometiere, frustrare o tentare. Como consecuencia de la instigación, el instigador sería partícipe de aquél, como determinante del mismo, pero no como autor del delito previsto en el artículo 284.[61]"

Según las descripciones típicas la instigación ha de estar dirigida a una persona determinada para que ésta cometa también una infracción determinada. Esta instigación directa puede hacerse por cualquier medio de publicidad: radio, televisión, cinta cinematográfica, prensa, discurso. No es forzoso que se haga en presencia del instigado. Sin embargo, Maggiore sostiene que es posible tanto la instigación *incertam personam*, como la instigación a una persona determinada, pero le agrega el elemento de la publicidad.[62]

Si el instigado es un funcionario público a cometer los delitos de recepción indebida de dádivas y corrupción, descritos en los artículos 61 y 62 de la Ley Contra la Corrupción, la conducta será la descrita en el artículo 63 de la citada Ley. Si se excita al delito de traición a la patria o al delito de rebelión civil, la conducta es la descrita en la parte *in fine* del artículo 160 del Código Penal.

En cuanto al elemento subjetivo se trata de un tipo eminentemente doloso.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de instigación a ejecutar actos en contravención a las leyes. Antes 284, ahora 283.

[61] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 337.
[62] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 336.

- El artículo reformado no se limita al que *"públicamente"* instigare; sino que incluye además *"...o por cualquier medio instigare..."*, de modo que no necesariamente debe ser públicamente.
- El artículo reformado incluye a una pluralidad de sujetos pasivos al decir: *"...instigare a otro u otros..."*(destacado nuestro). Este *"...u otros..."* es una novedad.
- El artículo anterior establecía que la instigación fuere: *"...a cometer una infracción determinada..."* en cambio el artículo reformado amplió la conducta típica al establecer que la instigación sea *"...a ejecutar actos en contravención a las leyes, ..."*.
- Se suprimió el ordinal 1° del artículo anterior que establecía el supuesto en que el delito instigado amerite una pena de presidio.
- El ordinal 2° del artículo anterior ahora está contenido en el numeral 1 del artículo reformado pero difiere en la penalidad, anteriormente era prisión de 3 a 12 meses, ahora es prisión de una tercera parte del delito instigado.
- El ordinal 3° del artículo anterior ahora está contenido en el numeral 2 con igual sanción de multa, pero antes era de cincuenta a mil bolívares y ahora es de 150 U.T.

DELITO DE INSTIGACIÓN PARA INDUCIR A COMETER DELITOS

Artículo 284

"En el caso indicado con el numeral 1 del artículo 283, nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Instigar a ejecutar actos en contravención a las leyes.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión de una tercera parte del delito instigado. Esta pena nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación.

1. Doctrina:

Este dispositivo legal es un complemento del tipo descrito en el artículo 283 del Código Penal en cuanto a la circunstancia de que la instigación fuere para cometer delitos que se castigan con pena de prisión. Ya dijimos que en estos casos, la conducta se ha de relacionar directamente con el delito instigado y el sujeto activo será castigado con una tercera parte de la pena prevista para ese delito. El complemento que hace con respecto a lo dispuesto en el artículo 284 es que la pena a imponerse al instigador, nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena típicamente descrita para el delito que fue instigado. Ejemplo: si se instigó al delito de homicidio simple, cuya pena normalmente aplicable es de quince años, al instigador no se le podrá imponer una pena mayor de cinco años, en ningún caso. Resulta así que la pena a imponer en los casos de instigación dependerá de la pena que le corresponde al delito instigado. Se observa que siendo la instigación a delinquir un delito a través del cual se buscar tutelar el bien jurídico orden público, el legislador no fijó la pena en atención a este bien, sino en referencia al bien jurídico tutelado por el delito que se instiga cometer.

2. **Cambios con la reforma:**

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de instigación para inducir a cometer delitos. Antes 285, ahora 284.
- Este artículo reformado se mantiene igual en cuanto al límite de la penalidad aplicada en el artículo que lo precede, con la diferencia de que el artículo anterior limitaba la pena señalada de los ordinales 2° (pena de prisión) y 3° (multa), en cambio el artículo reformado sólo limita la pena señalada en el numeral 1 referido a la pena de prisión.

DELITO DE INSTIGACIÓN A LA DESOBEDIENCIA DE LAS LEYES

Artículo 285

"Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	a) Instigar a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o b) Hacer apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión: 3 a 6 años.

1. **Doctrina:**

En la descripción reformada la conducta típica era excitar que tiene lugar cuando sin crear directa o indirectamente en el ánimo del ejecutor elegido tal resolución, se limita a provocar pasiones, a suscitar emociones, a exponer ventajas que simplemente ayuden a la realización de la misma por parte de dicho ejecutor, tal como lo expresa Manzini. Sin embargo, se sustituye la expresión excitar por instigar que es algo más que aquella, pues instigar es determinar a otro a cometer un hecho.

El tipo contiene tres modalidades:

a) Instigación a la desobediencia de las leyes.

Se refiere el delito a la voluntad manifestada de instigar a los ciudadanos a desobedecer las leyes. Desobediencia equivale al desacato de observar los preceptos contenidos en una norma jurídica. Enseña Manzini que debe tratarse de una excitación de la voluntad privada a rebelarse

contra la voluntad jurídica superior, manifestada mediante normas jurídicas. No es constitutivo del delito la crítica o censura de la ley.[63]

Enseña el Dr. Mendoza que los autores comprenden en el término leyes a sus reglamentos, los reglamentos de otra índole de la autoridad, las Ordenanzas y aún las medidas de las autoridades, siempre que en ellas esté interesado el orden público y no simplemente el derecho privado.[64] Febres Cordero por el contrario atribuye a las leyes el carácter de leyes en sentido formal, es decir, la emanada del Cuerpo Legislador, por lo que considera que es atípica la instigación a desobedecer un decreto, acuerdo o reglamento interno.

Febres Cordero, citando a Antolisei, enseña que la incriminación no mira a prevenir la perpetración de un delito determinado, pero si tiende a evitar peligrosos estados de ánimo que, si bien no conducen a delinquir constituyen una dañosa mengua de las condiciones necesarias para el mantenimiento del orden público.

No serían constitutivo del delito las protestas, marchas o manifestaciones públicas con el propósito de reclamar una reforma legislativa o el mecanismo de abrogación.

b) Instigación al odio entre los habitantes.

Instigar el odio es determinar a las personas a dañar con medios inicuos al odiado. El odio es el sentimiento malévolo que constituye una pasión reprobable que mueve a hacer el mal por algún motivo. Para que el delito se configure se requiere que se estimule ese sentimiento entre unos habitantes contra otros. La expresión "odio de unos habitantes contra otros", conlleva al de una clase social contra otra. Instigar a odiar a los capitalistas, a los de mejor posición social, por los de posición inferior o viceversa, constituye este delito. Lo mismo si se instigara a odiar a los habitantes de determinada ciudad o Estado por cualquier motivo, bien sea éste su superioridad intelectual, política o económica.[65]

Para Febres la interpretación que debe dársele a este tipo en cuanto a la expresión "odio de unos habitantes contra otros" es la que se refiere

[63] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., pp. 570-575.
[64] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 215.
[65] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 570.

no sólo al odio entre los miembros de las distintas categorías sociales unificadas por vínculos de comunes intereses, sentimientos o ideologías, que viene a ser el odio entre las clases sociales, sino también, la que se puede experimentar entre personas ligadas por los mismos vínculos.[66] La igualdad social y jurídica reconocida constitucionalmente, excluye discriminaciones por razones de edad, sexo, credo o condición social, por ello toda instigación que tienda a estimular el odio entre los habitantes de la República, que tenga la entidad de poner en peligro la tranquilidad pública, encaja en esta descripción.

c) Apología del delito.

Apología es discurso en defensa o alabanza de personas o cosas. Hacer la apología de un delito es lo mismo que alabar a un delito el que debe estar previsto y por ello no constituye el delito en estudio la alabanza a cuestiones ideológicas o hechos inmorales. Se concreta el hecho, a decir de Antolisei, en la exaltación de una actividad delictuosa capaz de hacer surgir el peligro de ulteriores delitos. No exige la descripción típica que la apología se relacione con un delito declarado judicialmente, ni siquiera con uno efectivamente perpetrado, bastando que el elogio enaltezca en cualquier forma un hecho considerado por la ley como delito,[67] de modo que se ponga en peligro la tranquilidad pública, verdadero bien jurídico de carácter colectivo, tutelado con esta modalidad de la descripción.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de instigación a la desobediencia de las leyes. Antes 286, ahora 285.
- El artículo reformado es más amplio ya que se eliminó el término *"públicamente"*. Ver **Comentarios con la reforma** del artículo 283. Además se cambió la expresión *"...excitare a la desobediencia de las leyes..."* por *"...instigare a la desobediencia de las leyes..."*
- Se aumentó la penalidad. Antes era de prisión de 45 días a 6 meses. Ahora es de prisión de 3 a 6 años.

[66] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 339.
[68] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 340.

CAPÍTULO IV
De los que Excitan a la Guerra Civil, Organizan Cuerpos Armados o Intimidan al Público

DELITO DE CAUSAR PÁNICO O MANTENER EN ZOZOBRA A LA COLECTIVIDAD

Artículo 296-A

"Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra, será castigado con prisión de dos a cinco años.
Si los hechos descritos en el aparte anterior fueren cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte.
Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos."

Sujeto Activo:	1) Cualquiera (encabezado). 2) Un funcionario público (primer aparte).
Acción:	a) Causar pánico en la colectividad o b) Mantener en zozobra a la colectividad.
Medios de Comisión:	Por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios.
Sujeto Pasivo:	La colectividad.
Penalidad:	1) Prisión de 2 a 5 años. 2) Aumento de una tercera parte para el primer aparte.

1. Doctrina:

El delito de pánico se inserta por vez primera en el ordenamiento jurídico penal venezolano en los delitos contra el orden público. Se trata de un delito en el que el bien jurídico es de carácter colectivo tutelándose

la tranquilidad pública frente a situaciones de falsas alarmas creadas por personas que se proponen crear estados de desasosiego.

La conducta consiste en difundir informaciones falsas. No exige la descripción la naturaleza de la noticia difundida pudiendo ser de carácter económico, por lo que podría constituir la forma de pánico económico descrita en legislaciones extranjeras y que han provocado corridas en las instituciones financieras. La información puede versar también sobre problemas relacionados con algún servicio público, enfermedades contagiosas, anuncio de ola de invasiones, saqueos, represalias policiales o políticas. En fin cualquier información que difundida pueda perturbar la tranquilidad de un conglomerado de personas y generar en situaciones que puedan afectar el orden público, entendido como estabilidad social, pues el móvil de la conducta es causar pánico colectivo y/o mantener en zozobra a las personas.

En cuanto a los medios de comisión la conducta puede desplegarse a través de medios impresos como la prensa; radial y televisivo con la emisión de mensajes, cuñas, programas, entrevistas; telefónico a través de llamadas, envío de mensajes de voz o de texto; medios electrónicos a través del uso de tecnología de información como el envío de correos electrónicos, mensajes a través de las páginas web y escritos panfletarios a través de afiches, volantes, pancartas, etc.

El tipo contiene una forma agravada que resulta de la condición de funcionario público del sujeto activo quien se vale del anonimato o usa para tal fin el nombre ajeno.

Este delito puede entrar en concurso real con algunas descripciones contenidas en la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley Contra los Delitos Informáticos.

2. Cambios con la reforma:

- Este artículo es una novedad.
- El bien jurídico tutelado en este tipo penal es el orden público.

TÍTULO VI
De los Delitos Contra la Fe Pública

CAPÍTULO III
De la Falsedad en los Actos y Documentos

DELITO DE FORJAMIENTO DE DOCUMENTO

Artículo 319

"Toda persona que mediante cualquier procedimiento incurriera en falsedad con la copia de algún acto público, sea suponiendo el original, sea alterando una copia auténtica, sea, en fin, expidiendo una copia contraria a la verdad, que forje total o parcialmente un documento para darle apariencia de instrumento público o altere uno verdadero de esta especie, o que lograre apropiarse de documentos oficiales para usurpar una identidad distinta a la suya, sufrirá pena de prisión de seis años a doce años."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Forjar documentos.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión: 6 a 12 años.

1. Doctrina:

La mayoría de los autores coinciden en que las falsedades constituyen delitos pluriofensivos, por cuanto por una parte se puede lesionar el tráfico jurídico y la aptitud probatoria y secundariamente como consecuencia de esa falsedad lesionarse otros intereses que pueden ser individuales y de carácter patrimonial. Las posiciones doctrinales en cuanto al bien jurídico tutelado en el delito de falsedad documental, se centran fundamentalmente en la seguridad del tráfico jurídico y en el documento como objeto de prueba, cuyo principal sostenedor fue Binding y a quien le siguen numerosos autores. Otros, fundamentalmente los españoles, afirman que el verdadero bien jurídico tutelado es la función de perpetuación, garantía y valor probatorio que el documento desempeña en el tráfico jurídico, lo

que resulta aplicable al delito de falsedad documental conforme a las descripciones en la legislación penal venezolana.

El objeto material de la acción típica del delito de falsedad documental es el documento. Existe un concepto amplio y uno en sentido estricto de lo que debe entenderse por documento, entre los elementos que se toman en consideración por los autores es la movilidad, el soporte, el tipo de escritura, la perpetuidad. Los elementos esenciales del documento a los fines jurídico penales son: texto (declaración de pensamiento), autor (declaración de voluntad que se le ha de atribuir para que el documento cumpla la función de garantía), y aptitud probatoria (determinación probatoria).

El sujeto activo del delito es indeterminado pues no se exige ninguna condición especial en el agente, lo cual deriva de la expresión «toda persona». Precisamente se construye este tipo para adecuar las conductas de falsedad documental que recaen sobre un documento público, o las copias bien sea por formación, por alteración, o suposición, realizadas por un particular, porque si las ejecuta un funcionario público en el ejercicio de sus funciones el delito será el del artículo 316 del Código Penal.

Podemos afirmar que el artículo 320 reúne las conductas típicas descritas en los artículos 316 y 318, siendo la diferencia básica entre ambos tipos justamente el sujeto activo del delito.

Del tipo penal surge que constituyen conductas punibles:

– Forjamiento total o parcial de un documento para darle la apariencia de instrumento público.

– Alteración total o parcial de un instrumento público.

– Falsedad en la copia de acto público suponiendo el original.

– Alteración de una copia auténtica o formación de una contraria a la verdad.

– Apropiarse de documentos oficiales para usurpar identidad.

En la descripción del artículo 319 el sujeto activo es un particular quien imita los signos de autenticidad así como el contenido del documento, imitación que hace a los fines de darle la apariencia de ins-

trumento público. Requiere el tipo que la falsedad se haga con la finalidad de darle al documento la apariencia de instrumento público. En tal sentido, Febres Cordero cita a Lombardi así: «La imitación de la verdad sin la apariencia de ser genuina, no conseguiría engañar, y por lo tanto, no tendría en la falsedad misma la capacidad de perjudicar a ninguno. En la necesidad que el falsario realice una obra que deja subsistente la apariencia de un documento auténtico, y por lo tanto el engaño y el daño implícitos, consiste precisamente en la verdad del elemento de hecho constituido por la imitación...»[68]

Para Febres Cordero, cuando se forja en todo o parte un documento falso, se está creando en todo o en parte algo nuevo que no existía en el elemento antecedente que era el documento. Citando a Ramos dice que «crear el documento, en todo o en parte, en materia de falsedad es presentar como auténtico, de una manera artificiosa, lo que no es auténtico. Es simplemente una imitación de la verdad...»[69]

Formar totalmente un acto falso es la creación completa del documento en cuanto a todos los elementos requeridos para que tenga existencia real, elementos éstos con los que se abarque el concepto jurídico penal de documento. La imitación dolosa de la verdad no tiene porque versar necesariamente sobre un instrumento que ya existe, sino que puede estar referida a un acto inexistente, por lo que se crea. En tal sentido, afirma Fontán Balestra, que la conducta del falsificador no tiene porque consistir en la imitación de lo verdadero sino que puede ser creadora «puesto que el documento es falso tanto en su contenido como en la atribución a un supuesto autor». De no admitirse esto, en criterio del autor, "el hecho sólo será una falsificación parcial o una adulteración, ya que si el documento es atribuible a un autor, obviamente existe, y entonces el que se falsifica es verdadero, lo mismo ocurre si lo que existe es el documento y la falsedad consiste en cambiar su atribución".[70]

Para Ricardo Núñez, hacer en todo un documento falso es atribuir su texto a quien no lo ha otorgado, siguiendo la teoría de la espiritualidad, afirma que otorgante del instrumento es la persona de quien procede

[68] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. T. I, p. 669.
[69] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. T. I, p. 668.
[70] FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 990-991.

intelectualmente su tenor. Exige que se imiten además de la forma solemne, los signos de autenticación (sello oficial y la firma del funcionario público que autoriza el acto), "debiendo ser perfecta la imitación del sello debido a la individualidad del signo, no siendo necesaria tal perfección en cuanto a la firma del otorgante pues basta la capacidad general para inducir en error."[71]

En cuanto la alteración, ella implica transformación material, lo que puede acontecer suprimiendo o reemplazando, por lo que la acción consiste en cambiar lo verdadero, haciendo aparecer como tal la versión adulterada.[72] La falsedad ha de recaer sobre un extremo esencial del documento, resultando alterada la esencialidad del documento cuando la acción falsaria recae sobre alguna de las funciones del documento de perpetuidad, garantía y probatoria del documento.[73]

Formar un documento es falsificarlo imitando los signos de autenticidad, mientras que alterar un documento es aprovecharse de los signos de autenticidad para referirlos a otro de contenido distinto de aquel al que se hallaban unidos antes en el mismo documento. En la formación total se crea un documento en el que un falso otorgante hace una falsa declaración, derivando la falsedad de la declaración del hecho de haberse simulado la autenticidad, pues al señalar en el documento como otorgante a una persona que no lo fue, la manifestación deja de ser genuina.[74]

Para Soler, la falsificación por formación total aparece cuando se altera la relación entre tenor y autenticación, quitando a la manifestación el carácter de genuina y ello se logra falsificando los signos autentificadores. Quien se limita a falsificar el texto de un documento, altera parcialmente; el que falsifica la imputación de lo declarado lo falsifica todo porque falsifica lo único que el documento prueba, en consecuencia, el documento totalmente falso es aquel en el que se falsifica la autenticidad o autoría y con ello la genuinidad del documento lo cual puede ocurrir atribuyendo la manifestación a alguien que no es su autor, o atribuyendo la manifestación propia a una persona supuesta.[75]

[71] NÚÑEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 491.
[72] FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 991.
[73] MUÑOZ CONDE, Francisco, p. 700.
[74] SOLER, Sebastián. Ob. cit. T. III, p. 339.
[75] SOLER, Sebastián. Ob. cit. T. III, p. 340.

La formación parcial presupone la existencia de un documento en el cual la falsedad no recae sobre su genuinidad, sino sobre detalles del texto, agregados, declaraciones que no debían estar, en la fecha, o falsos asientos en los protocolos llevados por las oficinas de Registro Público.

Fontán Balestra, estima que los instrumentos públicos pueden ser objeto de falsedad material en las siguientes formas:

a) Falsificación de los signos, sellos y demás requisitos que dan al documento el aspecto formal de auténtico. En este supuesto se admite la falsificación total siendo posible que sea falsa la firma de una de las partes y auténtica la de los demás.

b) Falsificación de su texto o contenido cuando se cambie con ello el efecto jurídico que la escritura está destinada a producir, siendo este un caso de falsedad parcial.[76]

Contempla el tipo penal la alteración de un documento verdadero lo que presupone la existencia de un documento genuino. El documento verdadero que resulta alterado sigue representando la apariencia del documento anterior pero con significado distinto.

Febres Cordero –citando a Chiossone–, señala que en este tipo de falsedad, el funcionario público altera el contenido del acto ya perfeccionado, como si sustituye unas declaraciones por otra o le da al acto una finalidad distinta de la que efectivamente debía tener. La alteración de un acto verdadero, desemboca en la transformación material del acto genuino preexistente, mediante agregación, modificación o supresión en el contenido o en la individualización, cambiando así su eficacia jurídica pero dejando subsistir el acto.[77] Entendemos que en este tipo de falsedad se ataca la función probatoria del documento, pero si recae sobre el autor, lesiona la función de garantía.

Un aspecto sustancial de la reforma consistió en incorporar en los delitos que tutelan la funcionalidad del documento contra imitaciones dolosas de la verdad, el delito de usurpación de identidad por apropiación de documentos oficiales. El objeto material de la acción típica es

[76] FONTÁN BALESTRA, Jorge. Ob. cit.

[77] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. T. I, p. 660.

un documento oficial que sirve para identificar a una persona por lo que la falsedad no recae sobre la materialidad del documento en cuanto a sus signos o símbolos que dan fe pública sino sobre la identidad del portador. La conducta típica es usurpar la identidad de otra persona, la que se materializa mediante la apropiación (comportarse como dueño), de documentos oficiales que en realidad identifican a otra persona. El acto de apropiación constituye el medio que a su vez puede realizarse "mediante cualquier procedimiento", lo que permite afirmar que a manos de quien usurpa la identidad de otro, llega el documento oficial en el que aparecen unos datos de identificación de otra persona.

Si el documento oficial es un pasaporte, licencia, itinerario, permisos de residencias, la conducta se regirá por lo dispuesto en el artículo 327 del Código Penal.

Esta nueva modalidad de falsedad llena el vacío legislativo dejado como consecuencia de la reforma de la Ley Orgánica de Identificación que suprimió el carácter punible a la falsificación y uso de la cédula de identidad.

Según las previsiones de la Ley Orgánica de Identificación, la cédula de identidad constituye el documento principal de identificación para los actos civiles, mercantiles, administrativos y judiciales y para todos aquellos casos en los cuales su presentación sea exigida por la Ley. Este documento de identificación lo otorga la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Interior y Justicia y contiene las especificaciones previstas en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Identificación. Con los documentos requeridos y presentados para la obtención de la cédula de identidad, el Ministerio de Interior y Justicia forma un expediente, a los fines de garantizar la veracidad y unificación de la información relativa a la identificación de los ciudadanos y en caso que una cédula de identidad haya sido obtenida con fraude a la Ley, correspondiendo al Ministro del Interior y Justicia declarar la nulidad.

De lo expuesto resulta que la expedición de la cédula de identidad constituye un acto administrativo, estableciéndose en la ley el procedimiento que se ha de seguir a los efectos de quitarle eficacia a tal documento de identificación. Tal prescripción legal nos indica que la cédula de identidad cuando se obtiene indebidamente no se declara falso, sino que en sede administrativa se declara su nulidad. Esto ya nos aleja un

tanto de la idea de que la naturaleza de la cédula de identidad sea la propia de un documento a los fines jurídico penales sobre los que puede recaer la acción falsaria y sobre cuyo resultado puede ejecutarse la conducta típica de uso de acto falso.

En estos casos, es necesario que se establezca si el acto administrativo fue o no expedido por el Ejecutivo, por ello, lo sano a los fines de una correcta adecuación, para pronunciarse sobre el carácter punible o no de la conducta, es que el Ministerio Público realice actos de investigación que le conduzcan a establecer si el documento de identificación cuestionado fue o no expedido por el Ministerio de Interior y Justicia y que participación tuvo en los actos de obtención la persona que porta o se identifica con la cédula falsa y los funcionarios del referido Ministerio en su expedición. Si la cédula fue expedida con fraude a la ley, procede a instaurarse el procedimiento administrativo establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Identificación y en este caso se subsumiría la nueva modalidad delictiva de usurpación de identidad.

Si la cédula no es expedida por el referido Ministerio, nos encontraremos entonces con una cédula de identidad falsa. La maniobra falsaria puede ser total, usando o no el soporte de seguridad del documento y los sellos y demás signos que le dan autenticidad. En cuanto a la identidad puede que la cédula identifique correctamente a la persona o le atribuya una identidad distinta pudiendo vincularse nada más con la fotografía, en este último caso se da esta nueva modalidad delictiva. En efecto, entre los elementos que contiene una cédula de identidad están los datos de identificación del portador o persona a quien identifica (apellidos, nombres, fecha de nacimiento, estado civil, nacionalidad) firma autógrafa, huella dactilar, fotografía. Por parte de la autoridad el número que se le asigna, nombre, firma y cargo del funcionario que la autoriza con un número asignado por la misma autoridad.

La falsedad puede ser total en cuanto se forma por completo el acto falso imitando los signos y señales de autenticidad que utiliza el Ministerio de Relaciones Interiores y Justicia, lo que puede conducir a las falsedades descritas en el Capítulo II del CPV "De la Falsificación de sellos, timbres públicos y marcas". No encajaría en las descripciones del Capítulo IV "Falsedad de Pasaportes, licencias, certificados y otros actos

semejantes" porque en este capítulo no se especifica la cédula de identidad como objeto material de este tipo de acción falsaria.

Si en la cédula se atribuye a la persona una identidad distinta y se hace uso de la misma atestando ante un funcionario público o un acto público como tal su identidad, no cabe duda que se trata del delito descrito en el artículo 320 del CPV, que es el uso real que se puede dar con una cédula de falsa y que constituya delito y no medio de comisión, pues alguien se puede identificar con una cédula falsa con el fin de engañar y ese sería el medio de comisión, quedando así materializado pero es absorbido por la estafa o la modalidad de fraude de que se trate.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de forjamiento de documento. Antes 320, ahora 319.
- El artículo reformado tiene cambios de forma y de fondo.
- El artículo anterior establecía que *"Todo individuo que no siendo funcionario público forje, ...".* El artículo reformado simplemente indica como sujeto activo a *"Toda persona...".*
- El artículo reformado incluyó el delito de usurpación de identidad: *"... que lograre apropiarse de documentos oficiales para usurpar una identidad distinta a la suya, ...".*
- Se incrementó la penalidad. Antes era prisión de 18 meses a 5 años. Ahora es prisión de 6 años a 12 años.
- El primer aparte del artículo anterior se encuentra contenido, en gran parte, en el encabezado del artículo reformado estableciendo *"...la copia de algún acto público, sea suponiendo el original, sea alterando una copia auténtica, sea, en fin, expidiendo una copia contraria a la verdad...",* pero estableciendo la misma penalidad para todos los casos.
- Se eliminó *"... si el acto es de los que merecen fe...".*

3. Marco Jurisprudencial:

Forjamiento de documento

"El artículo 320 del Código Penal contempla dos descripciones típicas. Una consiste en forjar total o parcialmente un documento para darle apariencia de instrumento público. Se requiere como elemento del delito que el autor del hecho no sea funcionario público. Es decir, el documento que ha sido forjado no tiene el carácter de público, ya que en su formación no ha habido intervención de funcionario público. La otra descripción que contempla dicho artículo es la alteración por quien no es funcionario público de un instrumento público verdadero". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 23/01/80).

"...Forjar un documento público es en esencia hacerlo distinto, ALTERANDO su contenido verdadero que debe constar en documento previamente otorgado ante funcionario público competente para ello y que hace fe de la voluntad de sus otorgantes, precisamente por tener cualidad para ello, o en la copia certificada que de aquel expida ese funcionario, o SUPRIMIENDOLO total o parcialmente, o falsificando la firma de sus otorgantes, incluyendo al funcionario que lo autoriza, o ADITANDOLE menciones que no contenía originalmente, y ese no es el caso de autos, puesto que los documentos analizados referidos a pretensa propiedad inmobiliaria de uno y de otro lado (los que se dicen forjados y los que acompaña el denunciante-acusador) en copia certificada por provenir del funcionario público competente de registro de la propiedad inmobiliaria, que les da fe erga omnes, conforme a lo dispuesto en los artículos 22 del Código Orgánico Procesal Penal en relación con los artículos 457, 477 y 1384 del Código Civil, pero observa el Sentenciador que no consta en autos prueba, en todo caso de naturaleza pericial, que tales documentos suscritos ante Juez de Municipio o Notarios Públicos, hubiesen sido FALSIFICADOS, en cuanto a las personas de quienes aparecen suscribiéndolos, incluyendo a la del funcionario que los autoriza o agregando, suprimiendo u omitiendo menciones al documento; por lo que debe establecerse al respecto que no emerge la prueba, aún conjetural o deductiva, de punibilidad en la suscripción, por sus firmantes, de los documentos autenticados por ante la Notaría Pública Sexta de Maracaibo en fechas 02-03-95 y 21-03-95, precedentemente analizados." (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 806 del 13 de Junio de 2000).

Jurisprudencia extranjera:

COLOMBIA

"Sobre la consumación de la falsedad en documento público, la Corte, en la ya citada sentencia del 19 de mayo de 1999 (rad. 11.280, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll), indicó:

<<La descripción comportamental recogida en el tipo de falsedad ideológica en documento público, alcanza realización, ha sido dicho, cuando el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, extiende documento que pueda servir de prueba y consigna en él una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, independientemente de los cometidos ulteriores que hubiese perseguido con su conducta, pues lo que la norma protege es la credibilidad en el contenido de tales documentos dada por el conglomerado, en cuanto se ha convenido otorgarles el valor probatorio de las relaciones jurídico-sociales que allí se plasman.>>» (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Abril 17 de 2001. Número 14.798).

ESPAÑA

"Funcionario público fuera del ejercicio de sus funciones.

<<... "El tipo penal contemplado en el artículo 390 del Código Penal se refiere a la autoridad o funcionario público que cometiere en un documento público, oficial o mercantil, alguna de las conductas descritas en el mismo; pero siempre que ello tuviere lugar "en el ejercicio de sus funciones"; cuestión igualmente discutible y sobre la cual hemos tenido ocasión de declarar que, para la aplicación del citado precepto, "no es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo, sino que es exigible además que éste actúe ... en el área de sus funciones específicas"; de tal modo que, aun tratándose de una autoridad o funcionario público, si su actuación falsaria no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario, "para acceder en forma irregular al documento en cuestión", el hecho deberá ser calificado con arreglo al artículo 392 del mismo Código (falsedad cometida en documento oficial por particular), concurriendo la agravante del prevalimiento del carácter público del culpable (artículo 22.7ª C. Penal); calificación que –por razón de homogeneidad– respeta las

exigencias inherentes al principio acusatorio (v. ss. T.S. de 9 de diciembre de 1975, 27 de octubre de 1994, 26 de mayo de 1997 y de 2 de abril y trece de septiembre de 2002, entre otras)...">>. (Sala Segunda del Tribunal Supremo. 12/01/2004. Sentencia nº 1/2004).

"Elementos del delito. Dolo falsario.

«La doctrina de esta Sala exige como requisitos precisos para definir y caracterizar la falsedad documental los siguientes: 1º) El elemento objetivo o material, propio de toda falsedad, de mutación de la verdad por algunos de los procedimientos enumerados en el artículo 390 del Código Penal; 2º) que la «mutatio veritatis» recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar los normales efectos de las relaciones jurídicas, con lo que se excluyen de la consideración de delito los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la finalidad del documentos; 3º) el elemento subjetivo, o dolo falsario, consistente en el agente de la conciencia y voluntad de transmutar la realidad –sentencias del Tribunal Supremo de 21 noviembre 1995, 20 abril 1997, y 10 y 25 marzo 1999–.

La incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vía civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. En este sentido la falsedad punitiva solo tiene virtualidad punitiva cuando afecta a elementos esenciales y no cuando versa sobre extremos inocuos o intrascendentes –sentencia del Tribunal Supremo de 26 junio 1999–.

Respecto al elemento subjetivo, el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no lo es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, se logren o no los fines perseguidos –sentencia del Tribunal Supremo de 28 octubre 1997–. Intención maliciosa que ha de quedar acreditada y probada, rechazándose la imputación falsaria, cuando esa supuesta falsedad no guarda entidad suficiente para perturbar el tráfico jurídico, ni idoneidad para alterar la legitimidad y veracidad del documento. Lo importante es que aquella «mutatio veritatis» recaiga sobre

extremos esenciales y no inocuos o intrascendentes –sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1990–, según un criterio más cualitativo que cuantitativo –sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1994–.

El dolo falsario no es sino el dolo del tipo del delito de falsedad documental, que se da cuando el autor tiene conocimiento de los elementos del tipo objetivo.

En este delito el conocimiento de la relación de causalidad nunca ofrece dificultades hasta el punto que tal conocimiento se confunde con el de saber que el documento que suscribe contiene la constatación de hechos no verdaderos. No es menester que concurra el ánimo de lucro ni otro especial a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de documentos privados –sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 25 marzo 1999–»." (Sala Segunda del Tribunal Supremo. 03/03/2003. Sentencia Nº 349/2003).

"Falsedad de fotocopias.

<<... *"En materia de falsedad que recae sobre fotocopias, la doctrina más reciente de esta Sala –ver sentencias 193/2001, de 14 de febrero y 658/2003, de 9 de junio– distingue dos supuestos distintos:*

Cuando se trata de falsedades materiales cometidas en fotocopias, la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo supuestos de autentificación, de manera que las alteraciones que se realicen en fotocopias no autenticadas, constituyen en principio falsedad en documento privado, y no en documento oficial.

Más cuando, como ocurre en este caso, estamos ante la falsedad prevista en los artículos 302.9º del Código de 1973 y 390.2º del Código de 1995 –simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad–, lo relevante a efectos penales es la naturaleza del documento que se pretende simular; de manera que cuando se utiliza una reproducción fotográfica, se comete falsedad en documento oficial si el documento que se simula es efectivamente un documento oficial.

Por ello, remitiéndonos en cuanto a las alegaciones subsidiarias -las alteraciones eran tan burdas que no permitían que los documentos ingresaran en el tráfico jurídico -a las acertadas argumentaciones de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real íntegramente

transcritas, el Motivo Cuarto del recurso también es desestimado...">>. (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 384/2004 de fecha 22/03/2004)

"Falsedad ideológica y material. Doctrina general.

«... El Código Penal de 1995 ha destipificado para los particulares la falsedad ideológica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos. La cuestión es determinar si esa previsión afecta a todos los supuestos de las llamadas falsedades ideológicas o si es posible considerar subsistentes algunas otras bajo la redacción de los demás supuestos previstos en el artículo 390.1 del Código Penal de 1995, concretamente en los números 2º y 3º, que en su literalidad admiten tanto la falsedad material como la ideológica.

Tras la celebración del Pleno citado, de 26 de febrero de 1999, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º del Código Penal de 1995, (STS 1302/2002, de 11 de julio).

Aceptando la tesis mayoritaria, ha de añadirse que existen supuestos en los que determinados particulares ocupan una posición o desempeñan unas funciones, por disposición de la ley o a causa de los usos y costumbres, especialmente los mercantiles, que le autorizan a emitir documentos de forma unilateral, actuando el mismo sujeto como el confeccionador y redactor íntegro del documento, en los que se hacen manifestaciones que afectan a terceros y que inicialmente son tenidos por válidos en el ámbito al que van dirigidos, de manera que en esos casos no se puede excluir terminantemente la existencia de un deber de veracidad, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria de la Sala, serán conductas típicas si encajan en la descripción de alguna de las modalidades contenidas en el artículo 390.1 en sus tres primeros números, aun cuando fueran considerados como supuestos de falsedad ideológica. Especialmente en el número 2º...». (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 2017/2002 de fecha 03/02/2003).

"Participación de un 3º en la falsificación cometida por funcionario público.

<<... "Se dice aquí que se condenó por «un delito de falsedad en documento mercantil cometido por funcionario público», sin tener en cuenta que los libros registros, en los que se anotaron las operaciones de la cuenta 43107 MM-RU a nombre de Nalvi S.A. no constituyen un documento público, sino un libro propio de un comerciante.

También ha de rechazarse y para un estudio debidamente sistematizado de las cuestiones de legalidad aquí planteadas vamos a referirnos por separado a cada uno de los elementos constitutivos de este delito del artículo 302 CP anterior que, por lo que aquí nos interesa, coincide con el 390 CP ahora vigente.

1º. Sujeto activo ha de ser un funcionario público, condición que concurría en D. Manuel de la Concha cuando estos hechos ocurrieron. Había accedido al cuerpo de Agentes de Cambio y Bolsa y se encontraba ejerciendo como tal cuando ocurrieron los hechos por los que se le condenó: 1986 a 1988.

Nos encontramos ante lo que la doctrina llama un delito especial, esto es, que únicamente puede cometerse, en su calidad de autor en sentido estricto, por personas que reúnan una o unas determinadas cualidades que se exigen en la norma penal. Los demás autores en sentido amplio, los del actual artículo 28 (inductores y cooperadores necesarios), así como los cómplices (artículo 29), pueden ser condenados por este mismo delito especial, en sus respectivas participaciones, aunque es frecuente (no obligado) que en estos casos se les aprecie una circunstancia atenuante analógica al amparo del nº 6º del artículo 21 CP. En el caso presente, si el Sr. Pittaluga hubiera sido condenado, tendría que haberlo sido por este artículo 302 (CP anterior), con o sin la mencionada atenuante; y no por el del artículo 303, en aplicación de la doctrina denominada de la unidad del título de imputación reiteradamente aplicada en esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Hay que añadir aquí que la categoría de autor mediato –específicamente introducido en el CP actual (artículo 28), pero aplicable bajo el CP anterior (artículo 14) en cuanto absorbida en el amplio concepto de autor– responde a la noción de autor en sentido estricto a la que acabamos de referirnos.

Respecto de este primer elemento ninguna cuestión se plantea en el presente recurso.

2º. Tal funcionario público ha de actuar «abusando de su oficio», nos dice el artículo 302, expresión similar a la de «en el ejercicio de sus funciones» utilizada en el vigente artículo 390.

También concurre aquí, pues D. Manuel de la Concha viene condenado porque tenía organizado en su despacho, para favorecer a un amigo, entonces Gobernador del Banco de España, un sistema de ocultación respecto del nombre de este señor en los diferentes ejemplares de uno de los libros que obligatoriamente tenía que llevar en el ejercicio de sus funciones.

3º. El objeto de este delito ha de ser un documento. No dice el artículo 302, ni tampoco el 390 CP actual, documento público. En principio, porque así lo consiente el texto de estas normas penales, cualquier clase de documento podría ser el objeto de este delito, aunque lo ordinario habrá de ser, precisamente por tener que ser el sujeto activo un funcionario público con abuso de su oficio, que esta actividad delictiva recaiga sobre un documento público u oficial. Recordamos aquí las dificultades que hay para distinguir entre estas dos clases de documentos. En cierta manera lo oficial también es público. Pero esta cuestión aquí no interesa. Ahora solo hemos de decir que el tan repetido libro de operaciones al contado, en el que con falsedad se hizo constar el nombre de la empresa Nalvi S.A., responde de modo indudable al concepto de documento por vez primera introducido en nuestra ley penal en el artículo 26 del código actual.

Por lo demás, y para salir al paso de lo alegado explícitamente en el encabezamiento y posterior desarrollo de este motivo 6º, conviene dejar dicho que estos libros de operaciones bursátiles son documentos públicos u oficiales, en cuanto confeccionados por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Como lo son al propio tiempo las actuaciones de intervención realizadas en las correspondientes pólizas por estos funcionarios en las que, en el caso presente, no hubo falsedad alguna. Advertimos aquí que D. Manuel de la Concha, ocultó la identidad de su amigo hasta donde pudo hacerlo sin arriesgarse en exceso (juicio equivocado, como luego quedó de manifiesto). Quizá hubiera sido demasiado atrevido falsificar también el nombre en las pólizas.

No cabe duda alguna en lo que acabamos de exponer por lo dispuesto en los artículos 1.216 C.C., 93 del código de comercio y 596 LEC anterior, ahora sustituido por el 317 de la nueva ley procesal civil, aparte de las normas específicas propias de estas profesiones y operaciones de bolsa.

4º. El último de los elementos objetivos de este delito consiste en que se produzca alguna falsedad de las previstas expresamente por el legislador, alguna de las nueve enumeradas en el artículo 302 o alguna de las cuatro recogidas en el vigente artículo 390, equivalentes en lo sustancial, aquélla más concreta por la que responde quizás mejor al principio de legalidad penal en su aspecto de lex certa o taxatividad (exigencia de la máxima concreción posible en la definición legal en beneficio del ciudadano al que va dirigido: principio de legalidad penal -art. 25 CE-). Y esta última más sintética obedeciendo quizá a una mejor técnica desde el punto de vista gramatical o de la doctrina penal. Estima esta sala del Tribunal Supremo que nos encontramos ante un caso que encaja perfectamente dentro del nº 2º del artículo 302 (así lo calificó el Ministerio Fiscal y también la acusación popular y asimismo la sentencia recurrida aunque todos añadieran algún otro número más: cuestión irrelevante), norma más específica que la del nº 4º. Ciertamente, en ese hacer constar en los libros registro el nombre de Nalvi S.A. en lugar del verdadero adquirente Mariano Rubio Jiménez (el que aparecía con verdad en las pólizas), se estaba suponiendo en un acto la intervención de una persona que no la había tenido, categoría más concreta que la del nº 4º (faltar a la verdad en la narración de los hechos). Concurso de normas a resolver en beneficio de la más específica: artículo. 8.1ª CP actual, donde también por vez primera en nuestro CP se regula esta materia.

En este cuarto elemento objetivo encaja lo que hemos dicho antes, al examinar el motivo 5º a propósito de la relevancia del dato falsificado. Si este dato se refiere a un elemento del documento que, aunque no sea adecuado a la realidad, carece de importancia en orden a la eficacia que ese documento está llamado a producir en el ámbito concreto al que por su naturaleza y contenido se encuentra destinado, entonces estaríamos ante un hecho formalmente típico, pero no antijurídico, porque carecería de aptitud para lesionar el bien jurídico protegido, en este caso la confianza que en el mundo del derecho se deduce de la eficacia probatoria que tienen estos documentos públicos u oficiales confeccionados con la intervención de un funcionario en el ejercicio de su cargo, aunque de hecho no hubiera

éste tenido intervención personal en los hechos por haber actuado a través de sus empleados. Luego insistiremos en este tema al examinar el motivo 8º.

5º. Este delito del artículo 502, y lo mismo el del 390 actual, define una figura de infracción dolosa. Conviene dejar claro que aquí el dolo es el único elemento subjetivo del injusto previsto en estas dos normas penales. El llamado con frecuencia, incluso por esta sala, dolo falsario es sólo una modalidad del dolo que ha de existir en todos los delitos dolosos. Precisamente por no exigirse ningún conocimiento o voluntad o intención especial es por lo que es posible construir una figura legal de delito imprudente con los mismos elementos objetivos que este delito doloso. Como aquí ha querido hacerlo el legislador en el CP actual cuando en su art. 391 tipifica la misma conducta prevista en el 390, pero para los casos en que se comete mediante imprudencia grave. A este tema hemos de referirnos también después al examinar el motivo 8º.

Por ahora sólo decimos que, tal y como están construidos los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que nos hallamos ante una modalidad dolosa de este delito de falsedad documental cometida por funcionario público. Actuó D. Manuel de la Concha con manifiesta intención de favorecer a su amigo, lo que es incompatible con la imprudencia como forma de comisión de esta infracción penal...">>. (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 499/2004 de fecha 23/04/2004).

"Impreso y documento oficial.

<<*..." La cuestión es si puede ser considerado como documento oficial un impreso suministrado por la Administración para ser rellenado en sus correspondientes apartados por un particular. En principio, un impreso, en sí mismo considerado, no es en realidad un documento, pues no adquiere tal carácter hasta que alguien interviene y aparece en el mismo expresando o incorporando datos, hechos o narraciones con cualquier relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no modifica su naturaleza, o al menos no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado.*

Puede ocurrir, sin embargo, y es una cuestión distinta, que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial.

Así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones, precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial. Entre ellas en la STS nº 1720/2002, de 16 octubre, en la que se afirmó que "el documento "ab initio" privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial (SSTS de 31 de mayo y 17 de julio de 1995, 17 de mayo y 19 de septiembre de 1996, y 4 de diciembre de 1998, entre otras), siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado". En el mismo sentido, la STS nº 79/2002, de 24 enero.

En el caso actual, el acusado procedió a rellenar un impreso suministrado por las oficinas del INEM para acreditar la autorización del beneficiario de una prestación por desempleo, en este caso su hermana, para el cobro por un tercero, en el cual falsificó la firma de la titular, estampando una como si fuera de ella, lo cual no tenía otra finalidad que obtener del funcionario competente una resolución, que se expresa en el mismo cuerpo del documento, incorporándose a él, en la que se autoriza administrativamente la efectividad del pago, sobre la base del consentimiento del particular, falsificado en el impreso, lo que permitió al acusado la resolución administrativa y el cobro de la cantidad correspondiente tras la presentación de una copia del documento en la entidad bancaria.

Su conducta mendaz no tenía, pues otra finalidad que provocar una resolución del funcionario, dentro del ámbito de sus funciones, la cual se

basó en una autorización particular inexistente, falsificada por el acusado. Lo falsificado, por lo tanto, fue un documento oficial.

El motivo se estima...">>. (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 1529/2003 de fecha 14/11/2003).

ARGENTINA

"Falsificación de documentos. Consumación del delito.

Este delito se perfecciona en forma instantánea con la confección del documento, es decir, cuando reúne las características externas de tal, no requiriéndose su uso o empleo." (Cámara Nacional de Casación Penal. 7/04/95. Número 338).

"Falsificación de documento. Adulteración. Efectos jurídicos.

La adulteración se completa cuando se produce la alteración material de parte del texto de un documento verdadero por una versión adulterada, o no verdadera, con finalidad de cambiar el efecto jurídico que la escritura está destinada a producir." (Cámara Nacional de Casación Penal. 28/12/95. Número 584).

"Adulteración de documento. Documento público y privado.

La falsedad material del art. 292 del C.P. es sólo imputable a título de dolo, requiere no sólo la voluntad de cometer una falsedad, sino que también cometerla de un modo que pueda resultar un perjuicio para un tercero, y esto no representa un resultado objetivo del acto delictuoso, sino que constituye uno de los elementos, la falsedad del documento público, por otra parte, se consuma con su sola adulteración mientras que el privado requiere para su consumación su uso." (Cámara Nacional de Casación Penal. 11/04/97. Número 911).

"Adulteración de documento público. Consumación.

Cuando el delito recae sobre un documento público, se consume con la sola acción de creación total o parcial o con la adulteración, ya que con esos hechos surge la posibilidad del perjuicio." (Cámara Nacional de Casación Penal. 27/02/98. Número 1763).

TÍTULO VII
De los Delitos Contra la Conservación de los Intereses Públicos y Privados

CAPÍTULO II
De los Delitos Contra la Seguridad de los Medios de Transporte y Comunicación

DELITO DE OBSTRUCCIÓN DE VÍAS DE CIRCULACIÓN

Artículo 357

"Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.
Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años.
Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años.
Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.
Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo: Cualquiera.

Acción: 1. Preparar el peligro de un siniestro.

2. a) Causar interrupción de las vías de comunicación; b) Causar descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte.

3. Asaltar o apoderarse ilegalmente de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales.

4. Asaltar un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones.

Medios de Comisión: 1. a) Poner obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte; b) Abrir o cerrar las vías de comunicación; c) Hacer falsas señales; d) Realizar cualquier acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro.
2. Mediante voladuras.
3. Los idóneos.
4. Los idóneos.

Sujeto Pasivo: Cualquiera.

Penalidad: 1. Prisión de 4 a 8 años.
2. Primer aparte prisión de 6 a 10 años.
3. Segundo aparte prisión de 8 a 16 años.
4. Tercer aparte prisión de 10 a 16 años.

1. Doctrina:

La descripción se encuentra inserta en el Título VII del Código Penal relativo a los Delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados y en el Capítulo que agrupa a los delitos contra los medios de transporte y comunicación. El bien jurídico tutelado es la seguridad de los medios de transporte y de las vías por las que pueden transportarse así como la seguridad de sus tripulantes, pasajeros e indirectamente el derecho de propiedad de los conductores y pasajeros.

La primera modalidad delictiva consiste en el delito de preparación de un siniestro en vía de comunicación. Por siniestro se entiende avería grave, destrucción fortuita o pérdida importante que sufren las personas o la propiedad, especialmente por muerte, incendio, naufragio, inundación, derrumbes, etc. El tipo es de peligro concreto no requiriéndose la materialización del siniestro, lo que se extrae de la expresión "con el objeto de preparar el peligro de un siniestro." Si el siniestro preparado se materializa a través de una inundación el delito será el descrito en el artículo 307 del Código Penal.

El tipo es de medios resultativos por cuanto la conducta se despliega a través de los siguientes medios:

a) Poner obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte (terrestre, ferroviario).
b) Abrir o cerrar las comunicaciones de esas vías.
c) Hacer falsas señales.
d) Realizar cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro.

La preparación del peligro puede traer como consecuencia una masacre tal como la pérdida de centenares de vidas, en este caso aplica lo dispuesto en el artículo 373 por lo que si resulta la muerte o lesión de alguna persona, se doblarán las penas en caso de muerte y se aumentará de un tercio a la mitad en caso de lesiones. Si del hecho resultare la muerte de varias personas o la muerte de una y lesiones de otras, la prisión no será menor de 10 años ni mayor de 20 años. En caso de lesiones la pena podrá elevarse a diez años. Si se acude a estos medios con la finalidad de cometer un homicidio se estará en presencia del delito de homicidio calificado (artículo 406 numeral 1°).

La segunda modalidad delictiva consiste en interrupción de vías de comunicación, descarrilamiento de ferrocarriles o naufragio de medios de transporte, siendo un tipo de medio determinado por cuanto se exige un medio de comisión específico que es "mediante voladuras". El tipo es de resultado pues se exige la lesión del objeto sobre el que se proyecta la acción típica.

La tercera modalidad es la de asalto o apoderamiento ilegítimo de medios de transporte. El objeto material de la acción típica son: buques, accesorios de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo. Asaltar es acometer repentinamente y por sorpresa a las personas o las cosas. El apoderamiento consiste en el acto en que una persona pone a una cosa bajo su poder de hecho.[78] El ejercicio de control de una aeronave representa un desplazamiento de los controles de mando del piloto, copiloto u otro conductor, o muna desviación efectiva del avión contra la voluntad del piloto o Capitán.

También constituyen objeto material de la acción típica la carga que transportan, que puede ser propiedad de un particular o de una empre-

[78] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit. Tomo II, p.126.

sa del Estado. En este caso se tutela el derecho de propiedad sobre los objetos muebles que constituyen la carga.

La cuarta modalidad delictiva es la de asalto a taxi o transporte colectivos, siendo estos dos tipos de vehículos automotores y los objetos y pertenencias de los tripulantes y pasajeros el objeto material de la acción típica. La razón de la incriminación obedece al servicio de transporte público que prestan debiendo los conductores confiar que quien les solicita el servicio o los aborda es para tal fin y no para ser víctima de un delito. El transporte colectivo es un servicio, dirigido por administradores públicos o privados, destinado, en interés colectivo a transportar personas o cosas por tierra, aire o agua. Se tutela además con esta modalidad el derecho de propiedad de pasajeros y tripulantes del vehículo. Este delito puede entrar en concurso real con el delito de porte o uso indebido de arma de fuego.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de obstrucción de vías de circulación. Antes 358, ahora 357.
- En el encabezado se cambió el término *"catástrofe"* por *"siniestro"*.
- Se mantiene la penalidad establecida en el encabezado.
- El primer aparte del artículo anterior decía: "*... naufragio de un medio de* ***comunicación*** *será castigado ...*"(Destacado nuestro). El primer aparte del artículo reformado establece: "*... naufragio de un medio de* ***transporte*** *será castigado ...*"(Destacado nuestro). La penalidad se mantiene igual.
- En el segundo aparte se cambió el término *"naves"* por *"buque"*. Se agregó "accesorio de navegación" y se agregó además, "*... sean o no propiedad de empresas estatales, ...*" lo cual es una novedad. Se mantiene igual la penalidad.
- Se mantiene igual el tercer aparte.
- Se suprimió el último aparte del artículo anterior que establecía: "*Si para la comisión de los delitos establecidos en este artículo concurren varias personas la pena se aumentará en un tercio.*"
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"Impedimento o entorpecimiento del normal funcionamiento de los transportes por tierra o aire. Corte de ruta. Artículo 194 del C.P.

El delito previsto en el artículo 194 del C.P. se configura aun cuando el corte de ruta no fuese absoluto o haya existido una vía alternativa a 500 metros o que los peatones pudiesen atravesar el lugar para abordar otros medios de transporte, ya que el tipo penal prevé alternativamente entre las acciones reprensibles no sólo la de impedir sino también la de entorpecer o estorbar el normal funcionamiento de los transportes. Tampoco obsta a su configuración el hecho de que no hubiese afectado la seguridad del servicio público de transporte terrestre o aéreo, ya que la ley no exige que se cree una situación de peligro común." (Cámara Nacional de Casación Penal. 3/07/02. Número 3905).

"Impedimento o entorpecimiento del normal funcionamiento de los transportes por tierra o aire. Artículo 194 del C.P. Bien jurídico protegido. Corte de ruta. Duración.

El tipo previsto en el artículo 194 del C.P. -entorpecimiento del normal funcionamiento de los transportes-, por su ubicación en el digesto sustantivo, se incluye dentro de aquéllos que tutelan la seguridad pública, en concreto el funcionamiento del transporte en general; este tipo de delitos se caracteriza porque lesionan la seguridad mediante la producción de un peligro, afectando al bien jurídico inmediatamente protegido, cual es la eficiencia de los medios de transporte o del servicio público, su normal cumplimiento y prestación. Pero ello, no impide considerar este delito como uno de los que están destinados a la protección de la seguridad común, pues es en este sentido como el legislador lo incluye aquí: el normal funcionamiento de aquéllos es una garantía de preservación de la seguridad común, ya que, por lo general, su entorpecimiento puede producir situaciones que la afecten. Las acciones típicas son las de «impedir», es decir hacer imposible, «estorbar», molestar o tornar más incómodo, o «entorpecer», hacer más dificultoso el funcionamiento de los transportes o la prestación de los servicios. En resumen es toda acción que paraliza, desorganiza o retarda el tráfico o la prestación, cualquiera que sea el lapso de su duración." (Cámara Nacional de Casación Penal. 23/04/04. Número 4859).

DELITO DE DAÑOS A LOS SISTEMAS DE TRANSPORTE

Artículo 360

"Quien produzca daño a los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación, pertenezcan o no a las empresas estatales, serán penados con prisión de tres años a seis años.
Si del hecho ha derivado un peligro grave para la incolumidad pública, la pena de prisión será de cuatro años a seis años y si el hecho produjera un siniestro, la pena será de seis años a diez años de prisión.
Si el daño o deterioro se produjera por impericia, negligencia o imprudencia, se considerará como circunstancia atenuante y no procederá la aplicación del parágrafo único de este artículo.
Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo: Cualquiera.

Acción: Dañar los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación, pertenezcan o no a las empresas estatales.

Medios de Comisión: Los idóneos.

Sujeto Pasivo: Los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación, pertenezcan o no a las empresas estatales.

Penalidad: Prisión de 3 a 6 años. Primer aparte: Si del hecho ha derivado un peligro grave para la incolumidad pública, prisión de 4 a 6 años y si el hecho produjera un siniestro, prisión de 6 a 10 años. Segundo aparte: Si el daño o deterioro se produjera por impericia, negligencia o imprudencia, se considerará como circunstancia atenuante y no procederá la aplicación del parágrafo único de este artículo.

1. Doctrina:

El bien jurídico tutelado es de carácter colectivo buscándose proteger la integridad de los sistemas de transporte, los servicios públicos, servicios informáticos o sistema de comunicación contra los ataques que busquen impedir el correcto funcionamiento de estos servicios públicos que puede ser prestado por un ente del Estado o una empresa privada.

La acción consiste en producir daño en los sistemas de transporte, los servicios públicos, servicios informáticos o sistema de comunicación. La acción puede desplegarse a través de daño a los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para que puedan funcionar los mencionados servicios. Si el daño es causado a través de un sistema de tecnología de información con el propósito de entorpecer estos servicios, la conducta se adecua en esta descripción, pero si el daño es causado al sistema de tecnología de información como tal la conducta se ha de adecuar en algunas de las descripciones de la Ley Contra Los Delitos Informáticos. (Artículo 6. Acceso indebido. Artículo 7. Sabotaje o daño a sistemas. Artículo 8. Sabotaje o daño culposos. Artículo 10. Artículo 11. Espionaje informático.)

El tipo contiene dos formas agravadas en atención al resultado típico descrito. Una circunstancia es que del hecho haya derivado un peligro grave para la incolumidad pública y la otra si el hecho produjera un siniestro. Por siniestro se entiende avería grave, destrucción fortuita o pérdida importante que sufren las personas o la propiedad, especialmente por muerte, incendio, naufragio, inundación, derrumbes.

En cuanto a la parte subjetiva el delito puede ser doloso cuando los medios utilizados para dañar los puertos, muelles, oleoductos, etc., se hace con el propósito de alterar o impedir el funcionamiento del servicio, es decir, cuando el agente de manera intencional quiere lesionar el bien jurídico tutelado. También admite el delito la forma culposa, caso en el cual no guía al agente la intención de lesionar al bien jurídico

tutelado, sino que infringe un deber de cuidado y como consecuencia de ello despliega un actuar negligente, imprudente o con falta de pericia, que va a ser lo que produce el resultado lesivo al bien jurídico. En este caso, a diferencia de otros delitos culposos se castiga con la misma pena que en el tipo doloso y a pesar que el tipo señala que es una atenuante la misma no existe, pues sólo hay referencia a determinados beneficios procesales y a las medidas alternativas de cumplimiento de pena.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de daños a los sistemas de transporte. Antes 361, ahora 360.
- Se incluyen los *"...servicios públicos, informático..."*.
- Se incluyó el que *"...pertenezcan o no a las empresas estatales..."*.
- Se modificó la pena establecida en el encabezado. Anteriormente era de prisión de 2 a 5 años. Ahora es de prisión de 3 a 6 años.
- Se modificó la pena establecida en el primer aparte. Antes era de 3 a 6 años de prisión. Ahora es de 4 a 6 años de prisión.
- Se agregó un segundo aparte que indica *"Si el daño o deterioro se produjera por impericia, negligencia o imprudencia, se considerará como circunstancia atenuante y no procederá la aplicación del parágrafo único de este artículo"*.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales con la excepción de lo establecido en el segundo aparte.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"Protección de los medios de transporte y de comunicación. Artículos 194 y 196 del Código Penal. Adecuación al tipo.

La figura culposa del artículo 196 del Código Penal está relacionada con el peligro concreto de que se produzca un descarrilamiento, naufragio, u otro accidente previsto en el capítulo 2° del título 7° del libro 2° de

ese Código, el tipo doloso del 194 del Código Penal atañe a una situación de peligro abstracto, de donde se deduce en principio que ambas figuras no pueden relacionarse. Asimismo, para que se configure el accidente culposo del artículo 196 del Código de fondo, es menester el acaecimiento de un accidente, de la magnitud necesaria para crear un peligro común." (Cámara Nacional de Casación Penal. 12/07/96. Número 867).

"Daño agravado. Bienes de uso público. Artículo 184, inciso 5° del C.P.

Los vehículos particulares de transporte de pasajeros están afectados por la autoridad pública -mediante concesión- a facilitar el traslado de un número indeterminado de usuarios y son, por ello, bienes de uso público. Dicha condición no se pierde porque su utilización no sea gratuita ni por el carácter privado del propietario." (Cámara Nacional de Casación Penal. 25/03/02. Número 3921).

TÍTULO VIII
De los Delitos Contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias

CAPÍTULO I
De la Violación, de la Seducción, de la Prostitución o Corrupción de Menores y de los Ultrajes al Pudor

DELITO DE VIOLACIÓN

Artículo 374

"Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.

La misma pena se le aplicará, aun sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo:

1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

2. O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.

3. O que hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiado o confiada la custodia del culpable.

4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Violar a alguna persona.

Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión de 10 a 15 años. Si se ha cometido contra una niña, niño o adolescente o en los supuestos de los numerales del 1 al 4, prisión de 15 a 20 años.

1. Doctrina:

Por tradición legislativa el delito de violación se inserta en los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias, quizá esta rúbrica del título no se corresponde con el bien jurídico tutelado que lo es la libertad sexual entendida como: la libre determinación de la forma como y con quien obtener la gratificación sexual. Distingue la doctrina entre la libertad sexual, indemnidad sexual e intangibilidad sexual. La primera representa el plano de la voluntad o el albedrío victimal allanado, en tanto la *indemnidad* sexual, garantiza el derecho o la garantía jurídica de no sufrir atropello o transgresión lesiva en la dimensión sexual protegida, apela directamente al puntual quebranto bio-psico-social -en que se constituye la sexualidad en su sentido lato- que dicha esfera ha sufrido, a través de un acto de violencia.

La libertad sexual es la posibilidad de decisión que cada uno posee en orden a disponer como quiera de su propio sexo ante sí y en relación con los demás. En su *dimensión* negativa o *estático-pasiva*, comprende dos ámbitos operativos, conjuntos y complementarios, uno viene referido a un derecho personal a la libre *abstención* sexual, en tanto su complemento alude a las atribuciones jurídicas correspondientes a la *defensa* de esa misma libertad de continencia o abstención.

El conjunto de barreras jurídicas oponibles frente al constreñimiento del autor parecería configurar un derecho o facultad jurídica cuyo ejercicio se deja en manos y a la discreción de la víctima eventual.

La *indemnidad sexual* como bien jurídico protegido, podría representar más eficazmente la protección penal del ciudadano contra la agresividad implicada en la violación como acto de criminalidad violenta.

Para Polaino la esfera tutelada en el delito de violación es el "derecho a no sufrir ninguna clase de atropello físico o moral, tendente a la

realización de actos sexuales", por lo que considera que la "indemnidad sexual" es el concepto que más idóneamente puede abanderar y aglutinar los elementos implicados en la descripción. Señala el autor que "la sexualidad requiere *disponibilidad personal*, por ello la ilegitimidad está definida, no sólo por la substancialidad negativa y dañosa de la acción, sino también por la ausencia de voluntad de soportar tal comportamiento. La indemnidad sexual se protegerá, en una sociedad donde esté garantizada y vigente la libertad sexual, sin comportar derecho alguno a la inmiscuisión o interferencia pública en un ámbito privado. En el delito de violación la esfera allanada por la conducta típica es la libre autodeterminación sexual de la víctima y afecta a una concreta esfera de inviolabilidad sexual (formalmente sustraíble a toda vulneración ilegítima) que atañe a la *intimidad* e *integridad* biológica, la *estabilidad* psíquica y la *dignidad* personal en el marco de la sexualidad humana."

De las descripciones del artículo 374 del Código Penal la conducta típica consiste en constreñir a una persona a un acto carnal, o a la introducción de objetos por vía anal o vaginal, o a la introducción de objetos que simulen "objetos sexuales". Se trata de un tipo penal de medios determinados (violencia y amenazas); en cuanto a las modalidades de la acción de resultado; en cuanto a la situación de afectación del bien jurídico de lesión.

Cuando tratamos de precisar de que tipo penal se trata en atención a los sujetos de la relación típica no hay duda que no exige ninguna condición en los sujetos activos ni pasivos de la descripción, sin embargo, cuando relacionamos la conducta típica y su resultado con el sexo tanto del sujeto activo como del pasivo, así como la existencia de un vínculo matrimonial entre ambos u otra relación de pareja, se nos avecinan dudas respecto a la interpretación.

Para resolver esto atendremos a los siguientes aspectos: 1) Que se entiende por acto carnal; 2) Puede una mujer ser sujeto activo del delito y 3) Puede ser violada la cónyuge o la concubina?.

1) Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia ha entendido por acto carnal en su sentido natural la cópula que involucra conjunción de las partes pudendas del hombre y de la mujer, requiriéndose penetración del miembro viril en la vagina o en el ano. Este era el concepto manejado antes de la reforma del Código Penal de 2005, concepto que excluía del ámbito de aplicación del artículo reformado 375 del Código Penal, toda penetración no fálica o por vía oral aunque fuere fálica

En la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) no se utiliza la expresión acto carnal sino "acto sexual" el cual puede ser sin penetración y con penetración la que se admite por vía oral imponiéndose igual pena que la penetración anal y vaginal.

La reforma de 2005 admite como acto carnal la penetración fálica vía oral, cuestión que ha sido objeto de debate en otros países cuando se ha planteado a través de reforma legislativa. Así tenemos que el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su mayoría no estuvo de acuerdo con castigar la penetración bucal, manifestando que desde el punto de vista político criminal sólo tiene sentido castigar más gravemente, como penetración sexual, en primer término, la penetración propiamente genital, realizada por persona de sexo masculino mediante la introducción de su miembro viril en una mujer. Algunos académicos defendieron la tesis tradicional de considerar como violación la sola penetración vaginal por el pene masculino, toda vez que el coito en sentido estricto es la conducta sexual de mayor significación en el marco de relaciones predominantemente heterosexuales; además, se dijo que la penetración vaginal es la única que entraña un riesgo para la libertad de la mujer de decidir sobre su embarazo, considerándose, además, el argumento de que la extrema severidad de la pena asignada al delito ha tenido tradicionalmente su *ratio legis* en la invasión no querida del miembro viril en la vagina.

Algunos integrantes de la Comisión consideraron que el acceso carnal por vía bucal debía incluirse dentro de la violación, ya que constituye una modalidad de relación sexual y, si bien puede considerarse que el daño que se causa físicamente a la víctima es menor, sus efectos síquicos son enormes, en especial, tratándose de menores de edad. Un grupo de parlamentarios estuvieron en desacuerdo con la anterior proposición, porque estimaron que respecto de la boca no se produce propiamente una penetración; es difícil distinguir entre la penetración y las prácticas masturbatorias, y es evidente que no se ocasiona el mismo daño físico que cuando se afectan las cavidades vaginal o anal, sobre todo, en el caso

de menores de edad, postulando que la penetración bucal constituyera una figura agravada de abuso sexual.

En España rechazaron esa formulación típica, Muñoz Conde, Diez Ripollés, Alonso de Escamilla y otros. Para Muñoz Conde, considerar esta acción como modalidad típica de la violación, el delito más grave de todos los sexuales, supone un "salto cualitativo" de consecuencias difícilmente calculables, ya que con ello se borran las diferencias cualitativas entre la violación y otras agresiones sexuales menos graves y por ello castigadas con menor pena. Para el autor no pueden equipararse, en trascendencia y gravedad, el acceso bucal con el acceso vaginal o anal, pues estos últimos suponen, el anal, un cierto daño físico y el vaginal, la posibilidad de desfloración, sobre todo, en caso de menores, que no se dan en el coito bucal. Por último, cita, a mayor abundamiento, las dificultades probatorias inherentes al coito bucal, ya que debería exigirse, a fin de establecer su perfeccionamiento, la eyaculación del activo en la cavidad, por cuanto la mera penetración o invasión no dejará, de ordinario, ninguna evidencia.

Por su parte Diez Ripollés plantea que el coito oral, como modalidad de violación, debía ser rechazado, por estarse en este caso más bien ante una hipótesis de masturbación, pudiendo hablarse sólo impropiamente de penetración sexual.

En Chile, Juan Bustos Ramírez señala que "Desde un punto de vista desvalorativo no parece plausible la equiparación de acceso por vía bucal con el por vía vaginal y anal (se advierte una tendencia absurda a comprender en la violación el acceso carnal por cualquier cavidad corporal)".

El artículo 374 del Código Penal, castiga con igual pena la penetración fálica por vía anal, vaginal o bucal, asimilando esta última a acto carnal, aun cuando no lo es en puridad pues se trata en realidad es de actos lascivos violentos.

Como situación novedosa se considera violación a actos que no son constitutivos de acto carnal, tal es el caso de la penetración no fálica, es decir, la introducción de objetos vía vaginal o anal, así como la introducción por la boca de objetos que "simulen objetos sexuales". Entendemos que esta penetración no fálica vía oral ha de ser de objetos que simulen órganos sexuales, más no objetos sexuales. En estas nuevas

modalidades no es la libertad sexual el bien jurídico tutelado, sino la libertad e integridad física y sicológica de la víctima.

2) Cabe examinar si el sujeto activo está restringido al varón o puede serlo también la mujer. La ley define al activo con las clásicas expresiones "el que", significativas de un sujeto genérico o indeterminado, cualquier individuo. La tradición jurídico-penal consideró siempre al varón como único agente posible, estimando, fundamentalmente, la imposibilidad fisiológica de la mujer para acceder carnalmente a otra persona, por carecer del órgano natural, por no poder efectuar una penetración genital.

Si la mujer utiliza un falo artificial o cualquier artefacto para invadir a otra persona, se trataría de un abuso sexual. Son muy conocidas las situaciones que la literatura penal pone como ejemplos de "acceso carnal impropio": la mujer que mediante fuerza o amenaza obtiene ser accedida por un varón, la que abusando de un menor o de un perturbado mental logra ser penetrada sexualmente.

Al respecto, se ha señalado que los supuestos de violencia o intimidación resultan muy difíciles de configurar realmente, por la natural inhibición del mecanismo de erección masculino. También se ha dicho que podría encajar en los supuestos del ordinal 4° del artículo 374 que refiere el empleo de medios fraudulentos o sustancia narcóticas, sin embargo, debemos advertir que en estas situaciones de engaño o aprovechamiento del varón, la mujer no lo penetra, no invade al varón, ella es penetrada o invadida en su cavidad genital, o sea, "es accedida", no accede a otro.

Raúl Carnevali Rodríguez, argumenta que la tarea hermenéutica, vinculada, esencialmente, a la consideración del bien jurídico protegido, obliga a incluir a la mujer como sujeto activo del delito de violación. El fin de la norma es -en su opinión- comprender como un injusto punible todos aquellos comportamientos que afectan a los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexual, sin atender a la forma cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quién lo realiza. Considera el autor que limitar el círculo de activos sólo al varón, se plasmaría un desigual amparo de los intereses tutelados, partiendo de la premisa que la noción "acceder carnalmente" no atiende a quien realiza activamente la función penetradora, sino que debe entenderse como aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades, es decir, el que se haya introdu-

cido el órgano sexual masculino ya sea en la vagina, ano o boca, por lo que no resulta relevante quien realiza activamente la penetración, sino el que se encuentre el pene en alguna de aquellas cavidades"

Otros que rechazan la intervención de la mujer como activo expresan que lo penalizado es un acceso del activo a través de su órgano sexual a la cavidad del pasivo, no a la inversa, que sea la cavidad del pasivo la que acceda al miembro del activo, a quien se coacciona o de quien se abusa para que coadyuve a la conjunción carnal. Si examinamos atentamente el texto legal, vemos que se castiga al que "accede carnalmente a otra persona", esto es, al que invade o penetra una cavidad genital –o la boca, impropiamente– de otra persona, hombre o mujer.

Luis Rodríguez Collao, opina que el texto vincula el concepto de "acceso carnal" con una fórmula verbal indicativa con toda claridad de que la conducta debe ser la de "quien accede carnalmente a otra persona y no el comportamiento de quien es accedido por otro." Atribuye una significación restrictiva al tipo, basada en su tenor literal, que excluye a la mujer como sujeto activo del delito.

Carlos Creus, afirma que sólo el varón puede ser sujeto activo, ya que la penetración típica implica la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, por vía vaginal o anal, estando requerida la posibilidad de acceder; rechaza la idoneidad de la mujer como agente, puesto que sólo el hombre puede acceder a otro.

Ahora bien, en otros Códigos, en que se expresa "cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por…" tal como el Código Penal Español o se requiere que el autor cohabite o cometa actos sexuales similares con la víctima o haga que dichos actos le sean realizados a él por la víctima, en particular, cuando éstos se realizan por penetración del cuerpo tal como el Código Penal alemán, no hay duda ninguna de la ausencia de obstáculos interpretativos para incorporar a la mujer como sujeto activo, desde que no es requisito típico imperativo que el autor sea solamente quien penetre o acceda genitalmente –como agresor– al otro individuo.

Con las nuevas descripciones del artículo 374 del Código Penal en que se castiga la penetración no fálica, no cabe duda que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación, pero no en la conducta de acto carnal, sino a las demás conductas que se asimilan a la violación,

por lo que podrá desplegar la conducta típica no sólo hacia un hombre, sino también hacia una mujer.

En el anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia en el artículo 250 se establece: "El hombre que por medio de violencia o amenazas haya constreñido a alguna persona de uno u otro sexo a un coito con él será castigado 12 a 16 años", descripción en la que de manera expresa se considera como único activo del delito de violación al hombre.

3) Respecto al problema si la violación es consumable en el ámbito matrimonial, se deja sentir la opinión de que el matrimonio es, en sí, una concreción de la libertad sexual que excluye, bien la tipicidad, bien la antijuricidad, de toda la sexualidad en él desarrollada. Entre los autores patrios la mayoría coinciden en señalar que no resulta punible en virtud del débito conyugal, en tal sentido Tulio Chiossone y Mendoza Troconis. Algunos han llegado a considerar que en el matrimonio no existe el bien jurídico libertad sexual para la mujer, posición que resulta a todas luces contraria al principio constitucional de igualdad.

Si se acepta que el bien jurídico directamente afectado es el de la *indemnidad sexual*, habrá que entender, necesariamente, que ningún compromiso institucional puede ser instrumentalizado en un sentido destructivo o dañino, y que la sexualidad propia del ámbito matrimonial, en la cual se implican institucionalmente los esposos, es, en todo caso, una sexualidad no violenta o impositiva. Del asentimiento matrimonial no cabe deducir un efectivo consentimiento de la mujer a sufrir daños sexuales, psíquicos o físicos, ni tampoco, por el hecho de que una persona contraiga matrimonio, ha de decaer la garantía de los bienes jurídicos personales consubstanciales al individuo.

Según las descripciones del artículo 374 no hay duda que la cónyuge puede ser sujeto pasivo de la violación. Doctrinalmente se discutía, admitiéndola un sector, y negándola otra. Con la vigencia de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia al tipificarse en el artículo 18 el delito de acceso carnal violento en los siguientes términos: "Incurrirá en la misma pena prevista en el artículo 375 del Código Penal, el que ejecute el hecho allí descrito en perjuicio de su cónyuge o persona con quien haga vida marital", se observa que hay una remisión al delito de violación descrito en el 374 del Código Penal con respecto al supuesto

de hecho y a la consecuencia jurídica, la norma contiene referencia especial a los sujetos de la acción típica, por una parte se refiere que el activo es el cónyuge o marido y el pasivo la cónyuge o mujer.

En el anteproyecto del TSJ en el artículo 450 se establece: "Violación entre cónyuges: incurrirá en la pena establecida en el artículo 250 de este Código, aumentadas en la mitad, quien ejecute la acción allí descrita en perjuicio de la esposa o de su concubina, que entrañe el contagio de una enfermedad de transmisión sexual o haya tal riesgo, o cuando ella padeciere una enfermedad física o psíquica que les haga muy traumático en cualquier aspecto el coito."

Se incorpora con la reforma una modalidad típica agravada del delito de violación relacionada con la condición del sujeto pasivo, esto es, que sea un niño o un adolescente. La forma gravada contiene un elemento normativo de carácter jurídico referido a la condición del sujeto pasivo que se ha de resolver en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el artículo 2 que entiende por niño a toda persona con menos de 12 años de edad y por adolescente a toda persona con doce años o más pero menos de 18 años de edad. En estos casos la pena será de quince años a veinte años de prisión. Este subtipo agravado no amerita la imposición de circunstancia agravante genérica contenida en el artículo 217 de la LOPNA, en virtud de lo dispuesto en la parte *in fine* de la norma.

El artículo 374 contiene cuatro numerales en el que se incorporan varios supuestos en los que aún cuando no medie el empleo de la violencia o las amenazas para el acto carnal, el legislador presume el hecho como violación en atención a determinadas condiciones del sujeto pasivo, quien en realidad no puede obrar libremente en cuanto a su determinación sexual.

En estas descripciones no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídicamente tutelado dado que los sujetos pasivos sobre los que recae la acción son personas que carecen de esa libertad bien de forma provisional (niños, determinados adolescentes) o definitiva (incapaces) pues carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. En el caso del niño o adolescente se busca proteger su libertad futura entendida como la normal evolución y desarrollo de su personalidad, de manera tal que cuando llegue a la edad adulta, pueda decidir en libertad su comportamiento sexual. Si de un incapaz se trata,

se busca evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.[79]

El concepto de acto carnal en estos supuestos es el restringido, es decir, que requiere penetración o coito el cual puede ser vía vaginal o contranatura. No importa que haya mediado el consentimiento y se castiga con la misma pena que en la violación directa. Resulta irrelevante el consentimiento que pueda prestar el sujeto pasivo en estos casos, por cuanto su ausencia de voluntad está supuesta por la ley, tal como la plantea Manzini.

El numeral 1° presume la violación en los casos que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. Las condiciones de la víctima son las siguientes:

a) Ser menor de 13 años de edad. Con la reforma se eleva el elemento cronológico de la edad del sujeto pasivo de menor de 12 años a menor de 13 años en cuyo caso opera la presunción legal siempre y en todo caso. Ello no significa que no se presuma la violación en los casos de un adolescente mayor de 13 años, pero para ello se requiere una especial condición de vulnerabilidad en atención a su situación personal, la que ha de ser apreciada por el juez en cada caso concreto tomando en consideración elementos objetivos que le permitan sostener que el sujeto pasivo por razones de inmadurez, verbigracia, no estaba en condiciones de poder resolver sobre la entidad del acto con el realizado. En estos casos, lo determinante es precisar si el bien jurídico ha sido o no lesionado por la conducta del sujeto activo. Cautelosos han de ser los juzgadores en la apreciación de esta circunstancia, por cuanto surgirán problemas de aplicación de este tipo penal con las descripciones del artículo 378 y las previstas en el artículo 260 de la LOPNA en cuanto al delito de abuso sexual con adolescente que implica penetración.

b) En el numeral 2° del artículo 374 se presume la violación en los casos en que el sujeto pasivo no haya cumplido dieciséis años de edad, pero en este caso el sujeto activo es calificado por exigir el tipo que sea ascendiente, descendiente o hermano, lo que puede ser tanto por consaguinidad, afinidad o adopción, pero se requiere que para la ejecu-

[79] MUÑOZ CONDE, Francisco. (1999) *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, p. 196.

ción la conducta típica, esto es del acceso carnal, el sujeto activo se haya prevalido de tal relación de superioridad o parentesco.

Grisanti Aveledo al comentar el numeral 2° del citado dispositivo antes de la reforma precisaba como fundamento de la presunción legal, la situación de dependencia del sujeto pasivo con respecto a los posibles sujetos activos del acto carnal, considerándolas como circunstancias que influyen para atenuar o reducir en gran parte la resistencia que pudiera oponerse, en virtud del dominio y facultad de dirección que corresponde a los ascendientes, siendo por ello reprochable que cambien su función de dirección por actividades ajenas y opuestas a su misión.[80]

c) Cuando el sujeto pasivo se encuentre en situación de detención o cumpliendo condena, requiriéndose que el sujeto activo tenga bajo su poder la custodia de la víctima o ésta se le haya confiado. Este supuesto de violencia presunta se fundamenta ausencia de libertad de consentimiento o en la imposibilidad de defenderse de la víctima. El tipo no exige la calidad de funcionario público en el agente y que esta calidad lleve consigo la custodia de una persona arrestada o detenida.[81]

Para Grisanti, en estos casos el legislador tomó en cuenta no sólo la dependencia del sujeto pasivo con respecto al guardián o carcelero, sino la posibilidad que el asentimiento de la persona detenida para la realización del acto carnal esté encaminado a complacer a su custodio en la creencia de que éste puede acordarle a cambio, la libertad.[82]

d) Por último en el numeral 4° se agrupan los últimos supuestos en que se presume la violación, tal es que el sujeto pasivo no estuviere en capacidad de resistir por las siguientes causas:

– Causa de enfermedad física o mental: En este supuesto la doctrina considera a las alteraciones más o menos graves de la salud o el cuerpo o a consecuencia de psiquismo que produzca la anulación o alteración de las facultades superiores, supuestos en los que el agente no requiere emplear violencia o amenaza alguna porque en el caso de enfermedad

[80] GRISANTI AVELEDO, Hernando (1972) *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, p. 116.
[81] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 38.
[82] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 116.

física ésta impide la resistencia al acto carnal no deseado y en el segundo el estado de salud mental deteriorada impide que se aprecie la naturaleza del acto realizado.

– Por otro motivo independiente de la voluntad del culpable. En estos casos la doctrina señala como ejemplos la ebriedad absoluta de la víctima, estado de sueño o desmayo, circunstancias de las que se aprovecha el sujeto activo para acceder carnalmente al sujeto pasivo.

e) Por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.

Sobre esta modalidad enseña Febres Cordero "cuando el agente halaga a la víctima o la trae con falsas apariencias, así como cuando le induce a creer o a tener por cierto, lo que no es, valiéndose para ello de palabras o de obras aparentes o fingidos para lograr el acto carnal, se dice que está empleando medios fraudulentos. Tal es el caso señalado por Maggiore del que engaña a la víctima con promesas de dinero o favores. También, el de que se haya inducido en error a la víctima, acerca de la identidad del propio actor, como sucedería el de asumir la personalidad de otra persona a quien la víctima no habría rechazado por ser legítimo el acto carnal (marido de la mujer)…"[83]

El hipnotismo también ha sido considerado un medio fraudulento, siendo por considerada por un sector como violencia presunta por inconsciencia provocada. En cuanto a las sustancias narcóticas puede entenderse cualquiera de las especificadas en la Ley Orgánica sobre sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que produzcan el efecto de alterar los procesos inhibitorios normales de un sujeto o que lo coloquen en estado de somnolencia, sueño, sopor o estupor, de forma tal que la persona no pueda resistir y de cuyo efecto se vale el sujeto activo.

Las sustancias excitantes, por definición dada por Fontán Balestra, son aquellas que por "intoxicación especial excitan el instinto genético de tal manera que la persona intoxicada no pude resistir al deseo del acto carnal." Entre estas sustancias, cita Febres a la atropina, la judía encarnada o colorines, enebro, cantárida, yohimba, requiriéndose que se suminis-

[83] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 40.

tre con engaño a la víctima, por cuanto si la ingiere voluntariamente no se configura el delito.

Todas estas modalidades de violación presunta constituyen tipos dolosos, por lo que deben existir elementos objetivos que indique que el agente se ha aprovechado de las circunstancias antes dichas para ejecutar el acto carnal, el cual constituye la conducta típica.

En cuanto al momento consumativo del delito de violación en sentido estricto de acto carnal, por tratarse de un delito de resultado que requiere penetración, se consuma en este momento, no importando que sea incompleta. Conforme a los elementos del delito frustrado según las exigencias del Código Penal, el delito admitirá tentativa más no frustración. Si se trata de penetración oral fálica o no, el momento en que se introduzca el falo o el objeto que lo simula, se corresponderá con la consumación, por lo que sólo admitirá tentativa. Si se trata de la introducción de objetos o dedos por vía anal o vaginal, la sola introducción consuma el hecho, por lo que resulta difícil plantearse supuestos de frustración.

El delito de violación en forma directa que implica acto carnal en sentido estricto se trata de un delito de propia mano, por lo que requiere la intervención corporal del sujeto activo para que se pueda realizar la acción típica. Tal característica del tipo significa que se trata de un tipo de acción y de autoría, lo que plantea problemas en cuanto a las formas de participación criminal, la autoría mediata, y las formas de comisión por omisión, sin embargo, en las nuevas orientaciones de la dogmática penal, se admite la comisión por omisión en los casos en que el sujeto activo tiene la posición de garante con relación al sujeto pasivo del delito. En la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente en el artículo 219 se incluye una cláusula general para las conductas de comisión por omisión.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de violación. Antes 375, ahora 374.
- Se agregó: "*...por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, ...*".

- Se agregó: "*...el responsable será castigado, como imputado de violación...*".
- Se modificó la penalidad. Antes era de presidio de 5 a 10 años. Ahora es de prisión de 10 a 15 años.
- Se agregó al final del encabezado: "*...Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.*".
- Se agregó al primer aparte "*...aun sin haber violencias o amenazas...*". Esto es una novedad.
- El numeral 1 establece que "*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.*" El ordinal 1° del anterior artículo sólo decía: "*No tuviere doce años de edad.*"
- El ordinal 2° sólo establecía que "*O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o instructor.*" El numeral 2 del artículo reformado dice: "*O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.*"
- Los ordinales 3° y 4° del anterior artículo pasaron a ser íntegramente los numerales 3 y 4 del artículo reformado.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Actos lascivos (artículo 376 del Código Penal)

Concepto de actos lascivos:

"(...) *son las acciones que tienen por objeto despertar el apetito de lujuria, el deseo sexual, a excepción de la conjunción carnal. Pueden considerarse como tales, entre otros, los tocamientos y manoseos libidinosos, los frotamientos, el coito inter femora, la masturbación etc., ...*" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 960 del 12 de julio de 2000).

Violación

Eximente de Pena en el delito de Violación. Matrimonio entre victima y acusado:

"Al culpable del delito de violación se le exime de pena si antes de dictarse la sentencia condenatoria contrae matrimonio con la persona ofendida" (Sala de Casación Penal, Sentencia número 105 del 23 de febrero de 2001).

Violación y lesiones corporales:

"Puede sostenerse que toda mujer violada sufre también una lesión a la psique. La excepción -representada en algunas mujeres que no sufrirían ningún trauma emocional- confirma esta regla general. Mas no debe sostenerse que toda mujer violada sufre también una lesión en su cuerpo. (El concepto de lesión corporal fue ampliado al de lesión personal para también abarcar los daños a la salud mental). Tal error conduciría al absurdo de castigar sólo por violación al que, además y a sabiendas, le contagió a su víctima la gravísima enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), cuyo medio de contagio más frecuente es la relación sexual con infectados. El ejemplo demuestra que no toda violación comporta una lesión de esta gravedad y aun de ninguna, porque muchos casos de violación (en un coito común o vaginal) no supondrán necesariamente algún perjuicio físico para la mujer. Sin embargo, si una violación causa en la mujer una lesión corporal de cualquier grado, debe ser castigado el culpable por la comisión de ambos delitos: violación y lesiones personales" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 522 del 26 de noviembre de 2002).

Lesiones en el delito de violación.

"Las lesiones leves han sido indispensables para realizar el acto carnal por medio de violencia, quedan absorbidas dentro del delito de violación, por ser inherentes al mismo. Igual ocurre con la desfloración, que es un hecho necesario para practicar el coito con una mujer virgen, siendo, por lo tanto, un elemento constitutivo del hecho punible. La desfloración no puede considerarse como lesión personal pues ella en realidad es un hecho fisiológico y no patológico, como en cambio debe ser la lesión. Pero cuando se hable de desfloración, simplemente se extiende, siempre y de manera exclusiva el hecho natural y normal de la ruptura del himen. Si por el contrario, dada la inmadurez del sujeto pasivo o que a consecuencia de la brutalidad del acoplamiento la desfloración se asocia a hechos patológicos (laceramiento vaginal, ruptura de la horquilla, etc.), no puede existir ninguna duda acerca de la naturaleza de "lesiones personales" de los mismos hechos." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de agosto de 1974).

Equivalencia de la violencia usada en la violación.

"El artículo 375 del Código Penal, define el tipo delictual denominado violación, en razón del acto carnal realizado y del uso de la violencia. Equivale a la violencia física la amenaza o la intimidación (también nombrada violencia moral) y determinados supuestos de menor edad, de ascendencia, de custodia, de enfermedad o incapacidad de resistencia, según los términos de los diferentes ordinales de la referida disposición, que, algunas veces, la doctrina ha agrupado como casos violencia presunta, no obstante la merecida censura de la expresión". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de diciembre de 1974).

DELITO DE VIOLACIÓN AGRAVADA

Artículo 375

"Cuando alguno de los hechos previstos en la parte primera y en los numerales 1 y 4 del artículo precedente, se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas, cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, la pena será de prisión de ocho años a catorce años en el caso de la parte primera, y de diez años a dieciséis años en los casos establecidos en los numerales 1 y 4.
Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Violar a alguna persona.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión de 8 a 14 años en el caso de la parte primera, y de 10 a 16 años en los casos de los numerales 1 y 4.

1. Doctrina:

La forma agravada de violación está prevista en tres casos, el primero en los casos de violación directa, el segundo cuando el sujeto pasivo es menor de 13 años o tenga alguna de las condiciones especificadas en el numeral 1° del artículo 374, y el tercero cuando el sujeto activo se haya valido del empleo de sustancias narcóticas o excitantes. Varias son las circunstancias que agravan el delito.

a) Que se haya cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas.

El abuso de autoridad ha de referirse a la privada, tal como la que ejerce el padre sobre los hijos o el tutor sobre el pupilo. El abuso de confianza se ha de atribuir a las personas a quienes se les ha confiado la víctima bien sea de manera accidental o permanente. También la admite la doctrina en los casos en que existan vínculos de estrecha amistad que

tienen libre acceso al lugar donde se encuentra la víctima del delito. Chiossone, admite el abuso de las relaciones domésticas no sólo con respecto a los miembros de la familia sino también con el personal doméstico, médicos, trabajadores a destajo y en fin, cualquier persona que tenga tal relación con la víctima o su familia.

Al igual que en el Código Penal reformado existe un error en el *quantum* de la pena. Antes de la reforma el tipo agravado tenía una pena igual a la del tipo básico. En la reforma del 2005, subsiste el error, pero aún mayor, por cuanto la pena por el tipo agravado es menor que la del básico

b) Cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Se trata de un supuesto en el que intervienen en el hecho punible dos o más sujetos, pudiendo desplegar ambos la conducta del tipo o participar en ella de alguna manera. La pena presenta el mismo problema de la agravante anterior en cuanto a que es menor que el tipo básico. Esta agravante estaba descrita en el artículo 378 del Código Penal reformado y se mantiene en el vigente artículo 377, de la siguiente manera: Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se hubiere cometido con el concurso simultaneo de dos o más personas, las penas establecidas por la ley se impondrán con el aumento de la tercera parte.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de violación agravada. Antes 376, ahora 375.
- Se agregó: "...*cuando se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas...*", de modo que quedaron en una sola disposición todas las agravantes de este delito.
- Se modificó la penalidad. En el caso de la parte primera era de presidio de 6 a 12 años y ahora es de prisión de 8 a 14 años. En los casos de los ordinales 1° y 4° era de presidio de 5 a 10 años y ahora es de prisión de 10 a 16 años para los numerales 1 y 4.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

ESPAÑA

"Prevalimiento. Configuración actual. El sustrato fáctico que determina la aplicación del artículo 182.1, no permite aplicar el 182.2.

«Como ha señalado la doctrina de esta Sala, el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión anterior "prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación" por la actual de "prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima". Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente ("manifiesta"), es decir objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una parte de las partes, y también "eficaz", es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. (SS 170/2000 de 14 de febrero y 868/2002 de 17 de mayo). (F.J. 3º.2º)

El artículo 182 contiene dos alternativas típicas conceptualmente independientes. Por un lado se trata del acceso carnal sin consentimiento, para el que se prevé una pena de cuatro a diez años de privación de libertad. Por otro lado se prevé un segundo tipo, consistente en el acceso carnal mediante abuso de superioridad, cuya pena es la de uno a seis años de privación de libertad. Es indudable que cuando el abuso de superioridad se basa en la corta edad de la víctima, ambos tipos se superponen y, según lo prevé el artículo 8,4ª CP, se debe aplicar el precepto que establece la pena más grave. Por tanto, cuando la especial vulnerabilidad de la víctima sea consecuencia de no haber alcanzado los doce años de edad (ahora trece a partir de la LO 11/1999, de 30 de abril), la agravación que prevé el segundo párrafo nº 2 del artículo 182 no es aplicable, dado que la edad de la víctima ha sido tenida en cuenta para establecer la primera alternativa típica prevista en el artículo 182 CP. Es claro que en tales casos rige el artículo 67 CP, pues el legislador ya ha tenido en cuenta al describir la infracción penal la corta edad de la víctima. Por lo tanto, no es adecuado a la ley valorar la diferencia de edad para establecer la tipicidad y al mismo tiempo para aplicar una circunstancia agravante. (S 23-3-99).

En la otra alternativa típica, del artículo 182 segundo, 2º CP, cuando el acceso carnal se consigue mediante abuso de superioridad, es necesario comprobar, en cada caso, que exista el plus de antijuricidad que configura el subtipo agravado de ser la víctima especialmente vulnerable pues su aplicación automática podría vulnerar el non bis in idem como ha ocurrido en el presente, ya que las de vulnerabilidad de la víctima no era otra que la gran diferencia de edad con el acusado y la posición dominante de éste en el contexto familiar, que fueron precisamente, como se analizó con detalle en el fundamento tercero de esta sentencia, las determinantes para considerar viciado el consentimiento de la menor, que es la esencia del tipo básico y no permite apreciar la agravación específica sin infringir el principio de legalidad que proscribe el non bis in idem (artículo 25.1 CE y artículo 14.7 del Pacto de Nueva York de 16 de diciembre de 1966). El motivo ha de ser estimado». (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 1974/2002 de fecha: 28/11/2002).

"Prevalimiento por enfermedad de la víctima.

«Si la enfermedad de la ofendida ha sido tenida en cuenta como ingrediente de hecho consustancial al prevalimiento o abuso de superioridad, lo que no es posible es tener en cuenta dicho sustrato fáctico para aplicar como hace la sentencia el subtipo agravado de abuso sexual previsto en el artículo 182.2º C.P., pues el hecho ya ha sido absorbido para apreciar el tipo básico de prevalimiento con acceso o penetración. El fundamento de la agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Si ello es así, podrá concurrir la agravante específica si la persona resulta especialmente vulnerable por la concurrencia de otras circunstancias que no hayan sido tenidas en cuenta para valorar el prevalimiento, pero no, como es el caso de autos, cuando hayan constituido ingrediente fáctico para apreciar el mismo, pues lo contrario equivaldría a valorar doblemente los mismos hechos. Se trata en realidad de aplicar la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 C.P., cuyo fundamento está en el principio "ne bis in idem", que proscribe la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (S.S.T.S., de 12/02/98, 19/05/99, 05/04/00, 07/11/01, 25/01/02

y 01/07/02). La Sala aplica el artículo 182.2º teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima a causa de la enfermedad psíquica padecida, lo que ya ha tenido en cuenta para apreciar el tipo de abuso sexual de prevalimiento, es decir, la obtención del consentimiento viciado de la misma tiene su origen sustancial precisamente en dicha enfermedad». (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 2132/2002 de fecha: 23/12/02).

ARGENTINA

"Violación agravada por el concurso de dos o más personas (ex artículo 122 del C.P.). Modificación ley 25.087. Artículo 119, inciso "d" del C.P.

La calificante del artículo 122 del C.P. (actualmente derogado por ley 25.087, pero vigente al momento del suceso) se configura con la intervención mínima de tres personas. Es que no puede dejarse de lado la exigencia que alguien (un autor, al menos, aunque puedan ser más) sea el que comete el hecho, lo que se describía en el anterior artículo 119 del Cód. Penal -y en el actual párrafo tercero del vigente-, a lo que el artículo 122 in fine agregaba la exigencia, para agravarlo, de que ese autor obre "con el concurso de dos o más personas". Tanto en el artículo 80, inc. 6, como en el juego armónico de una interpretación sistemática de los artículos 119 y 122 del C.P. antes de la reforma mencionada, aparece primero el autor ("... al que matare", primer apartado del artículo 80 que se integra con su inc. 6 "con el concurso premeditado de dos o más personas"; "... el que tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo...", primer apartado del artículo 119 C.P. –según redacción anterior a la ley 25.087– que se completaba con el artículo 122 in fine "con el concurso de dos o más personas") como necesario realizador de los actos de consumación delictiva y luego, en inciso (en un caso) o en artículo aparte (en el otro), pero referidos los dos al precepto básico sin el cual no hubieran tenido sentido, la referencia al concurso de otros, que tiene que ser dos o más, en ambos casos. Por lo demás entiendo que esta posición se halla fortalecida a raíz de la reforma de la ley 25.087 (B.O. 14/5/99) que derogó el artículo 122 y modificó el texto del artículo 119, el que, conforme su actual redacción -vid. inc. d)- y por resultar un tipo penal posterior más gravoso, no es de aplicación en la especie." (Cámara Nacional de Casación Penal. 8/08/01. Número 3182).

"Violación agravada por el concurso de dos o más personas (ex artículo 122 del C.P.).

Cuando el artículo 122 enuncia como una de las formas agravadas de la violación las que se cometiere "con el concurso de dos o más personas" alude en forma directa al actor principal del hecho esto es indudablemente al que produce el acto típico, núcleo de la figura, es decir del acceso carnal. Esta preposición "CON" que según el diccionario Larouse, página 233, indica "el medio o la manera de hacer alguna cosa" y el vocablo "CONCURSO" que es definido en la misma obra como "reunión, asistencia o ayuda" en mi criterio dan la solución justa al entuerto pues al que accede, uno y solo uno, deben sumarse otros dos individuos más. La ley se refiere a la violación que se cometiere por su autor con el concurso de dos o más personas, y no la que se cometiere por dos o más persona en concurso. La idea es que el autor debe ser asistido o ayudado por dos o más personas, lo que ocurre tanto cuando por ser uno solo el autor principal (consumador del delito), sólo él recibe la asistencia, como cuando por ser varios los autores principales, cada uno de ellos encuentra una ayuda en la participación de los otros.

(...)

En la reforma operada por la ley 25.087 en el título antes llamado "Delitos contra la honestidad", titulado ahora "Delitos contra la integridad sexual", se recogieron y plasmaron legalmente posiciones doctrinarias y jurisprudenciales con relación a diversas situaciones. En el inciso "d" el artículo 119 se establece que la pena se agravará cuando el delito "fuere cometido por dos o más personas" quedando aclarado definitivamente que ahora sí la acción de sólo dos individuos los hace merecedores de una mayor sanción." (Cámara Nacional de Casación Penal. 8/08/01. Número 3182).

TÍTULO IX
De los Delitos Contra las Personas

CAPÍTULO I
Del Homicidio

DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO

Artículo 406

"En los casos que se enumeran a continuación se aplicarán las siguientes penas:

1. Quince años a veinte años de prisión a quien cometa el homicidio por medio de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII de este libro, con alevosía o por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458 de este Código.

2. Veinte años a veintiséis años de prisión si concurrieren en el hecho dos o más de las circunstancias indicadas en el numeral que antecede.

3. De veintiocho años a treinta años de prisión para los que lo perpetren:

a. En la persona de su ascendiente o descendiente o en la de su cónyuge.

b. En la persona del Presidente de la República o de quien ejerciere interinamente las funciones de dicho cargo.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados en los numerales anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Conocido también en la doctrina como "homicidio circunstanciado", es decir, modificado por circunstancias que, dejando intacta la esencia del delito, agravan la imputación del culpable.

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Dar muerte.
Medios de Comisión:	a) veneno. b) incendio. c) sumersión. d) otro delito de los previstos en el Título VII, del Libro II del Código Penal.
Sujeto Pasivo:	El hombre. El ser humano salido del vientre materno. El sujeto pasivo es pues, el ser humano vivo.
Elemento Subjetivo:	Actos dirigidos a ocasionar una lesión personal.
Ref. Modo:	a) alevosía. b) Por motivos fútiles o innobles. c) En el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 449, 450, 451, 453, 456 y 458 del C.P.
Penalidad:	Prisión: 15 a 20 años. Prisión: 20 a 26 años si concurren en el hecho dos o más de las circunstancias indicadas en el numeral 1. Prisión: 28 a 30 años (numeral 3).

1. Doctrina:

Elementos del tipo de Homicidio Calificado

Analizaremos los elementos del tipo de Homicidio Calificado, partiendo del tipo objetivo –el bien jurídico, la conducta y las cualidades de los sujetos–; seguidamente, el tipo subjetivo y los modos imperfectos de ejecución; para finalizar con las diversas formas de autoría y participación; de la siguiente forma:

Tipo objetivo: A continuación describiremos, el bien jurídico, la conducta y las cualidades de los sujetos.

El bien jurídico:

El Estado tiene por finalidad establecer las condiciones para el desarrollo de las personas en la sociedad que permitan su realización individual y en base a esto el Derecho Penal por medio de la tipificación de conductas pretende evitar aquellos comportamientos que lo afecten y tutela por ende determinados bienes jurídicos.

Como expresa Febres Cordero[84], *El objeto de la tutela penal es la necesidad de proteger la vida humana, además del interés individual tendiente a la conservación de la existencia por pare de todos los individuos, existe también el interés para la sociedad y para el Estado"* y *parafraseando a* Edgardo de Roura Moreno, indica: *"Si todos los individuos forman el Estado, lógico es que éste se preocupe por la conserva-*

[84] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 19.

ción de los mismos, reprimiendo con severidad a los que al dar muerte atentan al mismo tiempo contra los intereses superiores de la comunidad.

Así, Grisanti Aveledo[85], expresa que el bien jurídico en el tipo de homicidio es la vida humana extrauterina, que resulta destruida por la perpetración de este delito.

En este sentido, Carlos Creus[86], expresa: *Hay vida humana allí donde una persona existe, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo: desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales, que marca el punto inicial de ese desarrollo, hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico vital (muerte).*

Por su parte, Muñoz Conde[87], indica que el Derecho Penal contempla la vida humana como un fenómeno biosociológico, sometido al proceso de nacimiento, desarrollo y muerte y que se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, desde de la concepción hasta su independización del claustro materno, por lo que señala el autor que la vida humana comienza en el momento del parto, posición mantenida por Quintano y Gimbernat Ordeig, también Bajo, para quien lo importante es la separación, considerando que el corte del cordón umbilical como algo secundario; vida humana que termina con la muerte real de la persona *cuando se demuestra por medio de un encefalograma, por ejemplo que la actividad cerebral ha terminado totalmente.*

En consecuencia, el tipo de homicidio se calificado porque cuando se ocasiona la muerte de una persona, concurren una serie de circunstancias objetivas o subjetivas, como es el realizado por medio de veneno, con alevosía o en perjuicio del padre o del hijo; que denotan como indica Muñoz[88] *"una especial maldad o peligrosidad"*; por lo que además de afectar la vida, lesiona otros bienes jurídicos, como son los relativos a los intereses públicos y privados (capítulo VII); la propiedad (451, 452, 453, 455, 458 y 460); la integridad familiar (en perjuicio del ascendiente o descendiente o cónyuge) o la paz de la nación (en contra del Presidente de la República o de quien haga sus veces).

---

[85] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 23.
[86] CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I. Astrea. 1991, p. 6.
[87] MUÑOZ CONDE. Manual de Derecho Penal. Parte Espeical, Tirant lo blanch libros. Valencia-España. 1995, pp. 28-29.
[88] MUÑOZ CONDE. Ob. cit., p 44.

Bienes jurídicos de rango constitucional, al que hacen mención las disposiciones previstas, en general en el artículo 2, *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida...*; y en particular: El reconocimiento y garantía al derecho a la vida (Art. 43); a la conservación de los intereses públicos y privados -ambiente- (Art. 127); a la integridad familiar (Art. 75); al respeto a los intereses nacionales (Art.130).

La conducta:

La conducta consiste en ocasionar la muerte a una persona humana; la cual puede asumir dos formas básicas del comportamiento, como son, la actividad y la pasividad, comprendiendo tipo de formas comisiva (se infringe la norma prohibitiva -no matar-) u omisiva; (se infringe una norma de mandato, dentro de este último bajo la modalidad de omisión impropia o de comisión por omisión; en virtud del cual el resultado se verifica por la abstención por parte del agente de cumplir con un deber específico de actuar -posición de garante-; ejemplo, la madres que no alimenta a su hijo, quien muere a consecuencia de ello).

El legislador establece diversas circunstancias de realización de la conducta por parte del agente, como son aquellas que de seguidas se indican:

1. Relacionadas con el medio de ejecución
2. Relacionadas con el ánimo del agente
3. Relacionadas con el curso de la ejecución de otros delitos.
4. Relacionadas con el sujeto sobre el cual recae la conducta.

Circunstancias que de seguidas se pasa a detallar, de la siguiente manera:

1. **Supuestos relacionados con el medio de ejecución**:

En estos supuestos, la conducta del agente se perpetra mediante medios específicos de comisión, utilizados directamente sobre la víctima; entre los que se encuentran:

a) veneno

b) incendio

c) sumersión

d) tipos previstos en el capítulo VII -delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados-.

a) **Cometer el homicidio mediante el empleo de veneno**:

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a cometer el delito por medio de veneno, es decir utilizando "cualquier sustancia que produce enfermedad, lesión tisular, o que interrumpe los procesos vitales naturales al entrar en contacto con el organismo. La mayoría de los venenos tomados en cantidades suficientes son mortales. Una sustancia venenosa puede ser de origen mineral, vegetal o animal, y puede asumir la forma de un sólido, un líquido o un gas. Dependiendo del tipo de veneno ejercerá su acción sobre la superficie corporal o, de forma más grave, sobre los órganos internos o el sistema nervioso."[89]

Al respecto, Febres Cordero[90], expresa: *Constituye circunstancia calificativa del homicidio voluntario, el haber sido perpetrado por medio de veneno. El Código Penal, no define el veneno. Su noción pertenece a la toxicología, según la opinión de grandes tratadistas como Manzini, Maggiore e Irureta Goyena. Otros, como Salvagno Campos, Sebastián Soler y Cuello Calón, siguiendo a Carrara, consideran que la noción del veneno deriva del carácter insidioso del medio. La toxicología que es la ciencia que se ocupa primordialmente del estudio de los venenos, de su acción y de su tratamiento, sirve para auxiliar a los médicos - legistas en la comprobación de la clase y naturaleza del veneno empleado y la cantidad que haya podido emplearse, circunstancias, éstas que son indispensables para demostrar el nexo de causalidad material que debe existir entre el medio empleado y el resultado letal. Sin embargo, hay casos de envenenamiento, donde no es posible demostrar por medio de la toxicología, la presencia del veneno en el cadáver, por lo que, es necesario para poder*

[89] Para mayor información consultar en: http://www.monografias.com/trabajos10/venen/venen.shtml
[90] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 37.

llegar con discutible probabilidad a una conclusión positiva, valerse del examen clínico hecho con relativa prontitud, y también del examen anatomopatológico. La prueba del homicidio por envenenamiento es de por sí delicada y exigente. La sola presunción o sospecha de que una persona ha muerto envenenada, no es suficiente para poder hacerse una imputación. Se requiere recurrir a todos los métodos científicos de investigación para determinar en el cadáver, no solamente la existencia del veneno, sino su clase y naturaleza, la cantidad que haya podido emplearse y el modo y tiempo en que a su juicio los químicos o reconocedores, ha causado los estragos...

Por su parte, Grisanti Aveledo[91], expresa que Lo más importante en este tipo de homicidio calificado es el medio de comisión: el veneno y consiste en que *El sujeto activo con intención de matar, suministra un veneno al sujeto pasivo. Es menester hacer constar que, para que exista este homicidio calificado, es indispensable que el agente haya escogido, intencionalmente, el veneno como medio de perpetrar el homicidio. Si el agente ha suministrado el veneno al sujeto pasivo por imprudencia, negligencia o impericia, habrá un homicidio culposo. Se entiende por veneno, toda sustancia, de cualquier naturaleza, que introducida de cualquier modo y por cualquier vía en el organismo humano, es capaz de alterar perjudicialmente la salud, e incluso, de suprimir la existencia, operando químicamente y a pequeñas dosis.*

En el mismo sentido, Mendoza Troconis, expresa: *El homicidio por medio del veneno se ha considerado más grave por la insidia que lo caracteriza, puesto que la víctima ignora que se la va a matar, y en nuestro derecho penal el uso del veneno califica el homicidio según el caso 30 del artículo 408. Acción. La acción consiste en suministrar la sustancia venenosa de modo que con ella se produzca la muerte. Por lo tanto, el envenenamiento se consuma con la muerte de la persona a quien se hizo absorber el veneno. La acción, en consecuencia, requiere el empleo por el culpable de una sustancia venenosa, la aptitud de esta sustancia para causar la muerte y la absorción de la sustancia venenosa por la víctima. Carrara define este delito: "la muerte de un hombre realizada mediante veneno que le ha sido dolosa y ocultamente propinada".*

[91] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 27.

En consecuencia, esta calificante refiere que la forma de dar muerte a una persona por medio de veneno, es decir sustancia tóxica, suministrada por cualquier medio oral, intravenosa, nasal, muscular, etc.; capaz de producir dicho resultado; por ende es necesario que el agente conozca que dicha sustancia -veneno- es idónea para producir la muerte de una persona; si por error la acción recae sobre una persona distinta; el delito sigue manteniendo la misma naturaleza de calificado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal. No procede la agravante genérica prevista en el artículo 77, numeral 3 del Código Penal *"Cometerlo por medio de.... veneno"* al estar incluidas en el tipo, tal como lo expresa el artículo 79 *"No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por si misma constituyen un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse"*.

b) **Cometer el homicidio mediante el empleo de incendio**:

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a producir la muerte por medio de incendio, definido, como *...el resultado de la combinación de combustible, calor y aire (oxígeno). Cuando un material se pretende es que ha llegado a una temporada crítica llamada de ignición: continuara ardiendo mientras exista combustible, aire y una determinada temperatura. Como antes se menciono, la unión entre el combustible, calor y oxigeno produce el fuego, pero para que sé de este, los elementos antes mencionados deberán encontrarse en las proporciones adecuadas. A estas proporciones se les llama* 'límite de inflamabilidad' *Todo fuego origina una combustión que al efectuarse crea una 'reacción en cadena', la cual puede desarrollarse a mayor o menor velocidad dependiendo del material que se esté consumiendo.*[92]

El fundamento de esta calificante, según Grisanti Aveledo[93], reside en que el incendio es un medio capaz de causar grandes estragos. *Una vez provocado, el incendio puede ocasionar no sólo la muerte de la persona que, inicialmente, deseaba matar el sujeto activo, sino, además, la muerte de otra u otras personas y/o grandes daños a la propiedad de terceros"* y agrega que *"Para que exista este homicidio calificado, es menester que el agente haya elegido dolosamente el incendio como medio de ocasionar la muerte del sujeto pasivo. Si, en cambio, el incendio ha sido causado por la imprudencia, negligencia o impericia del agente, y en el incendio muere una persona, habrá homicidio culposo.*

[92] Para mayor información consultar http://www. proteccioncivil. df.gob.mx/mpreventivas/incendio.html

[93] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 28.

En consecuencia el homicidio calificado por medio de incendio en tan insidioso como el anterior, mediante el cual el agente además de ocasionar la muerte de una persona bajo estas circunstancias, también puede causar otras muertes, daños a los bienes muebles o inmuebles o al ambiente, entre otros; se requiere para calificar el homicidio, que el incendio sea utilizado para cometer el hecho y no por situación negligente o imperita; en cuyo caso sería otro tipo de homicidio culposo y no intencional -calificado-; tampoco, procede la aplicación de la agravante genérica, prevista en el artículo 77, numeral 3 del Código Penal *"Cometerlo por medio de.... Incendio..."* al estar incluidas en el tipo, tal como lo expresa el artículo 79 *eiusdem "No producirán el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por si misma constituyen un delito especialmente penado por la ley, expresado al describirlo o penarlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito, que, sin su concurrencia, no pudiera cometerse"*; ni, los tipos previstos en los artículos 344 a 346 del referido texto penal sustantivo.

c) **Cometer el homicidio mediante el empleo de la sumersión**

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a cometer el delito por medio de sumersión, tan pérfido como el anterior; es definido como aquel *término empleado en la doctrina médico legal para designar la muerte o el trastorno patológico producidos por la introducción de un medio líquido -habitualmente agua- en las vías respiratorias. La muerte o asfixia por sumersión conduce en la víctima «falta de pulso», el uso, la costumbre, ha establecido que por asfixia entendamos: «supresión de la función respiratoria por cualquier causa que se oponga al intercambio gaseoso en los pulmones entre el aire ambiente inspirado y la sangre».*[94]

Si por error la acción recae sobre una persona distinta; el delito sigue manteniendo la misma naturaleza de calificado, de conformidad con

[94] Para mayor información consultar: http://www. usuarios.lycos.es/buzosscuba/asfixia_blanca.htm

lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal; no así, cuando el resultado se produzca por culpa de la víctima (suicidio lanzándose al mar desde una gran altura).

d) **Cometer el homicidio mediante el empleo de los medios de los tipos previstos en el título VII (delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados)**

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a ocasionar la muerte de una persona, mediante el empleo de cualquiera de las circunstancias que al efecto establece el título VII (delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados); es decir además de los supuestos indicados anteriormente de incendio, inundaciones y sumersión, como medio de comisión utilizados por el agente para darle muerte a la víctima, proceden aquellos como el previsto en el artículo 346, cometer el delito de homicidio, con *"minas, petardos, bombas, u otros inventos o aparatos de explosión y también a todo el que hubiere preparado o prendido materias inflamables capaces de producir semejante efecto"*; o, como lo establece el artículo 347, *"rompiendo las esclusas, diques u otras obras destinadas a la defensa común de las aguas o a la reparación de algún desastre común"*; o como lo indica el artículo 351 *"haciendo faltar de cualquier manera los faros u otras señales o empleando al efecto falsas señales u otros artificios"*.

Es necesario que dichos medios sean utilizados para cometer el hecho y no producto de la actuación negligente o imperita del agente; en cuyo caso sería otro tipo de homicidio culposo y no calificado; Ej., se está construyendo un dique y por error de cálculo y utilización de material, cae una lámina de hierro y muere una persona.

En este sentido, Mendoza Troconis[95], expresa que la acción consiste *en ocasionar la muerte de una persona valiéndose de los medios indicados de incendio, sumersión y otros delitos contra la incolumidad pública. Para que pueda aplicarse la agravante calificativa de este homicidio es necesario que entre la muerte ocasionada y el medio empleado exista una relación de causa a efecto y otra de medio a fin, porque referente a la*

[95] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 57

primera relación, el legislador ha previsto en el artículo 374 del Código Penal, el resultado de muerte producida por el incendio, inundación, naufragio y otros elementos que causan estragos; estando prevista la primera relación consecuencial debe coexistir la de medio a fin en este homicidio, esto es, que el culpable haya escogido intencionalmente los mentados medios para lograr su finalidad. Esta especie de homicidio se califica por la agravante del medio empleado, es el que se comete por incendio, sumersión, inundación y cualquiera otro de los medios enumerados en el Título VII, del Código Penal, esto es, por destrucción de edificios con minas, petardos, bombas y otros inventos o aparatos de explosión o por preparación anterior con materias inflamables, como gasolina; por medio de corrupción o envenenamiento de las aguas potables de uso público o de los artículos destinados a la alimentación pública; por medio de falsificación o adulteración, haciéndolas nocivas a la salud, de las sustancias alimenticias o medicinales u otros efectos destinados al comercio; y por último, por medio de sustancias medicinales de limitada venta en especie, calidad y cantidad, como el opio, la cocaína y otros estupefacientes. El uso de estos medios por su potencialidad y grande energía, puede ocasionar, además de la muerte querida, otras muertes y grandes estragos en vidas y propiedades. Una vez iniciado un incendio o provocados una inundación o un naufragio, es casi imposible humanamente detener el desarrollo de la energía comenzada según la escuela clásica, es grande la alarma causada en la sociedad, por tanto, debe castigarse particularmente el delito; según la escuela positivista, la indiferencia de las consecuencias y males que ocasione el medio empleado para cometer un homicidio, demuestra el mayor grado de perversidad del delincuente, y debe castigársele más severamente.

En conclusión las circunstancias indicadas, referidas al medio de comisión del delito de homicidio calificado, deben representar el modo de comisión del delito, por medio del cual el agente le produce la muerte a la víctima y no una consecuencia de esa acción inicial; ejemplo que para ocultar el cadáver, lo incendie; en cuyo caso habría pluralidad de delitos -concurso real- y no el tipo de homicidio calificado. Igualmente expresa Chiossone[96], *un homicidio en el cual el incendio no es el medio de ejecu-*

[96] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 400.

ción, sino derivación causal de éste, hay pluralidad de hechos punibles. Lo mismo sucedería si el homicidio se comete por medio de sumersión o por envenenamiento, en que hay dolo eventual, esto es cuando se envenenan varias personas varias personas para matar a una. En este caso el régimen es diferente, pues hay que aplicar las disposiciones comunes cuando concurren estos delitos de homicidio.

2. **Relacionadas con el ánimo del agente**

Se trata de supuestos en los cuales como indica Febres Cordero[97], citando a Maggiore, representa el antecedente psíquico de la acción, la fuerza que pone en movimiento el querer y lo transforma en acto; las cuales mencionamos a continuación:

a. **Cometer el homicidio mediante el empleo de alevosía**:

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a cometer el delito por medio de alevosía, es decir, como se expresa de la interpretación literal del artículo 77, numeral 1° del Código Penal: *"Hay alevosía cuando el culpable obra a traición o sobre seguro"* y el Código Penal español, artículo 22, numeral 1°, *"Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, o formas que tiendan directa o especialmente asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiere proceder de la defensa por parte del ofendido."*

El legislador patrio, señala que el concepto de alevosía, se identifica con la traición y o la comisión del delito sin riesgo para el agente de que producirá el resultado querido; es decir, la víctima no espera la acción cometida, circunstancia ésta aprovechada por el autor para matarlo. Como indica Febres Cordero[98], citando a Manzini, el autor demuestra mayor peligrosidad, al no compartir los sentimientos de solidaridad humana, sino que aprovecha circunstancias determinadas para ocasionarle la muerte a la víctima indefensa.

[97] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 47.
[98] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 44.

Según Carlos Creus[99], la alevosía contempla requisitos objetivos y subjetivos; objetivos, referidos a la ausencia de riesgos para el victimario *"...posibilidad mínimamente riesgosa para el ofensor..."* -la víctima se encuentra en estado de indefensión, por ejemplo durmiendo, o después de una conversación entre amigos y al retirarse la víctima, el autor le dispara por la espalda, actuando el agente a traición con ingratitud, deslealtad y en la seguridad del resultado querido -muerte- se producirá; y subjetivos, como expresa el mismo autor, se exige *"obrar sin riesgo que puede implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a oponerse a su acción."*

Así, para Grisanti Aveledo[100], *el homicidio alevoso por excelencia es el cometido mediante una emboscada, la cual implica necesariamente, la premeditación. Sin embargo, puede haber homicidio alevoso sin que exista premeditación, así, cuando el agente aproveche una oportunidad que se le presenta para matar al sujeto pasivo. Cuando exista premeditación en la perpetración del homicidio alevoso, aquella circunstancia agravante genérica se tendrá en cuenta para aplicar la pena correspondiente, entre el término medio y et límite máximo.*

En el mismo sentido, Mendoza Troconis[101], expresa que *La alevosía puede existir sin la premeditación, como cuando un individuo, enemigo de otro, encuentra a éste inopinadamente, se resuelve en el acto a matarlo y lo acomete por la espalda, muerte alevosa ésta que no ha sido premeditada. Puede existir homicidio alevoso frustrado y tentativa de homicidio alevoso. Debe además, ser intencional, no aprovechada de momento. La agravación ha sido explicada por la escuela clásica porque el acto alevoso produce mayor alarma social, y por la positivista, porque el sujeto culpable revela con su actitud una excepcional inclinación al crimen.*

En consecuencia, dicho supuesto se verifica cuando el agente obra a traición, asegurándose la indefensión de la víctima, por ejemplo en caso de que la víctima (ancianos, niños o impedidos); o bien, aprovechando su descuido, (disparo por la espalda o mientras baila en una fiesta).

[99] CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 28.
[100] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 29.
[101] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 53.

b. **Cometer el homicidio por motivos fútiles e innobles**:

En este supuesto, la conducta del sujeto activo se dirige a cometer el delito por motivos fútiles o innobles, es decir como expresa Febres Cordero[102], motivo fútil, refiere la desproporción entre el motivo y la acción presentándose como excusa, por ejemplo vengar el insulto que le hizo en una oportunidad, por una apuesta y motivo innoble, equivale a vil, infame.

Así, Grisanti Aveledo[103], expresa que: *Motivo fútil es el insignificante. Por ejemplo, se mata al sujeto pasivo por cobrarle unos céntimos* y *Motivo innoble es el contrario a elementales sentimientos de humanidad. Así se mata al sujeto pasivo por fanatismo político o religioso o por lujuria. La distinción entre motivo fútil y motivo innoble, no tiene importancia, porque en uno y otro caso existe motivo calificado.*

En consecuencia, dentro del homicidio por motivos innobles, están los casos como las muertes por motivos racistas, antisemitas, xenófobos; por motivos discriminatorios, fundadas en raza, sexo, ideología religiosa o política; son motivos innobles de perpetrar la muerte de personas que difieran de la condición, del sexo, de la religión, ideología del agente y fútil, es el banal o intransigente, como el matar por una discusión en el tránsito automotor.

3. **Supuestos relacionados con el curso de la comisión de otros delitos**:

Supuestos referidos a los casos en que en el curso de la ejecución de los delitos de hurto, robo y secuestro, previstos en los artículos 451, 452, 453, 455, 458 y 460 del Código Penal, el agente le ocasiona la muerte a la víctima.

En consecuencia, el homicidio debe ser perpetrado en la ejecución de los delitos que a continuación se indican:

a) **Homicidio perpetrado en el curso del delito de hurto, sea éste simple, agravado o calificado.**

Este supuesto se refiere a la muerte de una persona, en el curso del apoderamiento de cosas muebles, bajo los siguientes supuestos:

[102] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 47.
[103] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 30.

a.1) El homicidio en el curso de la ejecución del delito de hurto simple, previsto en el artículo 452 del Código Penal, que procede, cuando los bienes muebles a hurtar, sean de aquellos que: pertenezca a otro (451, encabezamiento) o cuando el agente es el copropietario, asociado o coheredero del bien, que no tiene el bien en su poder (451, último aparte).

a.2) El homicidio en el curso de la ejecución del delito de hurto agravado, previsto en el artículo 453 del Código Penal, que procede, cuando los bienes muebles a hurtar, sean de aquellos que se encuentren en:

- Las oficinas, archivos o establecimientos públicos, apoderándose de las cosas conservadas en ellos, o de otros objetos destinados a algún uso de utilidad pública.
- Los cementerios, tumbas o sepulcros, apoderándose ya de las cosas que constituyen su ornamento o protección, bien de las que se hallan sobre los cadáveres o se hubieren sepultado con éstos al mismo tiempo.
- Apoderándose de las cosas que sirven o están destinadas al culto, en los lugares consagrados a su ejercicio, o en los anexos y destinados a conservar las dichas cosas.
- Sobre una persona, por arte de astucia o destreza, en un lugar público o abierto al público.
- Apoderándose de los objetos o del dinero de los viajeros, tanto en los vehículos de tierra, aeronaves o por agua, cualquiera que sea su clase, como en las estaciones o en las oficinas de las empresas públicas de transporte.
- Apoderándose de los animales que están en los establos, o de los que por necesidad se dejan en campo abierto y respecto de los cuales no sería aplicable la disposición del número 12 del artículo siguiente.
- Apoderándose de las maderas depositadas en las ventas de leña amontonadas en algún lugar, o de materiales destinados a alguna fábrica, o de productos desprendidos del suelo y dejados por necesidad u otro motivo en campo raso u otros lugares abiertos.
- Apoderándose de los objetos que en virtud de la costumbre o de su propio destino, se mantienen expuestos a la confianza pública.

a.3) En el curso de la ejecución del delito de hurto calificado, previsto en el artículo 454 del Código Penal, que procede, cuando los bienes muebles a hurtar, sean producto de:

- Abuso de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aun temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable.
- Para aprovechar de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado.
- Si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.
- Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.
- Si para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida.
- Si para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída el culpable se ha servido de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente vencido para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.
- Si el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la Ley, o por orden de la autoridad.
- Si el delito de hurto se ha cometido por persona ilícitamente uniformada, usando hábito religioso o de otra manera disfrazada.

- Si el hecho se ha cometido por tres o más personas reunidas.
- Si el hecho se ha cometido valiéndose de la condición simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados.
- Si la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio.

b) **El homicidio en el curso de la ejecución del delito de robo**:

b.1) El homicidio perpetrado en ejecución del delito de robo genérico, previsto en el artículo 455 del Código Penal, que procede, cuando *por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, se constriñe al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste.*

b.2) El homicidio perpetrado en el curso de la ejecución del delito de robo agravado, previsto en el artículo 458 del Código Penal, que procede, cuando para apoderarse de los bienes muebles, se *cometen amenazas a la vida, a mano armada o por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada, o bien por varias personas ilegítimamente uniformadas, usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas, o si, en fin, se hubiere cometido por medio de un ataque a la libertad individual.*

c) **El homicidio perpetrado en el curso de la ejecución del delito de secuestro, previsto en el artículo 460 del Código Penal, cuando la privación de libertad de una persona procede:**

- Para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique,
- Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de

rescate, que obtengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales.

- Quienes lo realicen por delitos políticos.
- Quienes lo realicen para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, cuando el delito de homicidio se perpetre en la ejecución de los delitos indicados, sean éstos de hurto (simple, agravado y calificado), robo (genérico y agravado) o secuestro; el delito de homicidio es calificado; ello en virtud de que como se indicó anteriormente la lesión de bienes jurídicos acarca no solamente la vida, sino también, la propiedad, la integridad física y la libertad individual.

Dicho supuesto abarca como expresa Febres Cordero[104], cualquiera de las etapas del *iter criminis* de dichos delitos y no lo comprende cuando la muerte ocurre con posterioridad a la ejecución de estos delitos, ya que en este caso hay hechos independientes y puede ser considerado como concurso real de delitos (hurto, robo, secuestro y homicidio intencional), más no homicidio calificado.

4. Supuestos relacionados con el sujeto sobre el cual recae la conducta

Los supuestos relacionados con el sujeto sobre el cual recae la conducta del agente, se distinguen en cuanto a la relación entre la víctima y victimario; la cualidad particular de la víctima, sobre ellos se observa:

– En la persona de su ascendiente o descendiente o en la de su cónyuge; llamados homicidio calificado familiar, que se distingue:

El perpetrado en la persona de su ascendiente: Denominado parricidio (padre), matricidio (madre); sean estos biológico o no. Procede igualmente en relación a los abuelos, bisabuelos, como expresa Febres Cordero[105], *"No hay limitación alguna en cuanto al grado"*.

[104] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., pp. 48-49.
[105] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 5.

Dentro de estas circunstancias familiares, el legislador distingue:

a. **El homicidio perpetrado en la persona del padre.**

Supuesto denominado por la doctrina como parricidio y a respecto, Grisanti Aveledo[106], expresa que esta palabra tiene dos acepciones: En sentido estricto, parricidio es el homicidio intencionalmente perpetrado en la persona del padre (o de la madre) del sujeto activo y en sentido amplio, que es el acogido por nuestro Código Penal, parricidio es el homicidio intencional cometido contra un ascendiente, legítimo o natural, del agente; ascendiente que puede ser el padre, pero también otros más lejanos, por ejemplo, el abuelo"; agrega que el *fundamento de esta calificante radica en el vínculo tan íntimo que existe entre los sujetos activo y pasivo. Cuanto más sagrado sea el deber conculcado, mayor ha de ser la pena aplicable.*

b. **El homicidio perpetrado en la persona de *su descendiente*.**

Denominado filicidio (hijo), sean estos biológico o no. Procede igualmente en relación a los nietos, bisnietos, como expresa Febres Cordero[107], *"No hay limitación alguna en cuanto al grado"*.

Supuesto denominado por la doctrina como filicidio y a respecto, Mendoza Troconis[108], expresa que si la filiación legal no está probada o no puede probarse por prohibirlo la ley, y que *este caso, quedarían comprendidos los hijos adulterinos o incestuosos. La filiación puede resultar demostrada de reconocimiento judicial en sentencias que declaren con lugar una acción de impugnación de estado de maternidad, o en sentencias penales cuando el hijo ha sido concebido en una violación o seducción o a causa de rapto*.

Circunstancias éstas familiares que debe ser conocida por el agente, porque en caso contrario procede el tipo de Homicidio Intencional, tal como lo establece el artículo 68 del Código Penal *Cuando alguno por error, o por algún otro accidente, cometa un delito en perjuicio de perso-*

[106] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 30.
[107] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 51.
[108] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 60.

na distinta de aquella contra quien había dirigido su acción, no se le imputaran las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría del ofendido o lesionado o de sus nexos con este, pero si las que habrían disminuido la pena del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien se dirigió su acción.

c. **El homicidio perpetrado en la persona del cónyuge.**

Supuesto referido al homicidio cometido en perjuicio del cónyuge; es decir por quien tenga el vínculo matrimonial; aunque esté separada; denominado conyugicidio, uxoricidio (víctima es la esposa) o viricidio (víctima es el esposo). No procede esta calificante en el caso de personas divorciadas ni de matrimonios que hayan sido anulados; no así cuando sólo haya separación de cuerpos, legal o de hecho, pues en estos casos el lazo legal se mantiene vigente.

Al respecto, Febres Cordero[109], expresa: *El hecho ha sido denominado por algunos tratadistas como parricidio impropio, o producido fuera de la línea recta ascendente o descendente, pero entre personas ligadas por una unión tan íntima y calificada que la Ley la equipara a la generación misma, y tal es la del matrimonio. También se le denomina con el nombre de uxoricidio, pero sin embargo, hay autores que, este último término, lo utilizan únicamente para referirse a la muerte de la mujer por el marido. Para que el hecho se le considere como Conyugicidio y no como simple homicidio, es necesario que además del dolo específico propio del delito de homicidio, la acción se dirija a dar muerte al marido o a la esposa. Se requiere, además, que aparezca demostrada la condición de cónyuge, pues en esta forma de homicidio calificado, también se rige la Ley penal por la civil, y por tanto, no existiría conyugicidio en los casos de divorcio por sentencia ejecutoriada y firme, ni tampoco, en los casos de nulidad de matrimonio por sentencia de igual naturaleza. Habría en cambio conyugicidio, cuando sólo hubiera separación de cuerpos, legal o de hecho, ya que en estos casos el vínculo matrimonial existe conforme a la Ley civil.*

Según Mendoza Troconis[110], *Si la muerte es ocasionada por el marido, este delito se ha denominado uxoricidio, etimología de palabra que*

[109] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 55.
[110] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 61.

tiene su origen en la expresión uxor, usada por los romanos para denominar a la mujer casada...el marido que mata a su esposa se denomina uxoricida y la mujer que da muerte al marido, mariticida... Debe demostrarse la condición de cónyuge con la respectiva partida de matrimonio, porque el uxoricidio es una violación de los deberes que se tienen los esposos en relación al vínculo jurídico creado con el connubio; por tanto, el simple matrimonio eclesiástico in *facie eclesia, no reconocido por nuestra ley civil, lo hace surgir el delito de uxoricidio; pero si califica el homicidio del cónyuge si se ha celebrado en país extranjero y en éste se admite con efectos civiles, como entre los colombianos. También debe estimarse válida la forma de celebración en el país en que se contrajo, tal entre los musulmanes, el rito del* nahari, *que es matrimonio temporal, o entre los rusos, el matrimonio de hecho que vale como unión civil. La unión concubinaria no es válida como matrimonio, no habría conyugicidio, ni tampoco cuando el matrimonio se ha disuelto por sentencia, pero sí en el caso de que sólo exista separación judicial de cuerpos.*

d. **Supuesto referido a la investidura de la víctima:**

Dicho supuesto se refiere a cuando la víctima sea el Presidente de la República o de quien ejerciere interinamente las funciones de dicho cargo; el cual se denomina magnicidio.

De acuerdo a lo dispuesto en la de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 225: "El Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras y demás funcionarios o funcionarias que determinen esta Constitución y la ley"; 226 de la Carta Magna, expresa: "El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno" y 234: "Las faltas temporales del Presidente o Presidenta de la República serán suplidas por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva..."

Según Ochoa[111], la calificante en el supuesto indicado, reside en que con dicho hecho ocasiona "*...alarma y zozobra en los ciudadanos...*" .

[111] OCHOA. *Exposición del Código Penal Venezolano*, Imprenta López, 1957, p. 304.

Circunstancia ésta que debe ser conocida por el agente, porque en caso contrario procede el tipo de Homicidio Intencional, tal como lo establece el artículo 68 del Código Penal *Cuando alguno por error, o por algún otro accidente, cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien había dirigido su acción, no se le imputaran las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría del ofendido o lesionado o de sus nexos con este, pero si las que habrían disminuido la pena del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien se dirigió su acción;* como expresa Grisanti Aveledo[112], "si el agente tiene la intención de matar a un tercero, y, por error causa la muerte del Presidente o del Encargado, no hay magnicidio; si el sujeto activo ignora que el pasivo es el Presidente de la República o el Encargado de la Presidencia, tampoco habrá magnicidio."

Los sujetos

En cuanto a los sujetos del delito de homicidio calificado, suele distinguirse entre sujeto activo y sujeto pasivo del mismo.

a) El sujeto activo: Es quien realiza el tipo de homicidio y debe tratarse de una persona física; de acuerdo a la figura típica estudiada, suele distinguirse entre sujeto activo indiferente y especial, de la siguiente manera:

a.1) Sujeto activo indiferente, es decir que puede ser cometido por cualquier persona, como son aquellos perpetrados:

- Por medio de veneno, (406, numeral 1)
- Por medio de incendio, (406, numeral 1)
- Por medio de sumersión, (406, numeral 1)
- Por medio de los delitos previstos en el Título VII de este libro; (406, numeral 1 y artículos 344 y siguientes)
- Con alevosía (406, numeral 1)
- Por motivos fútiles o innobles (406, numeral 1)
- En el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 451, encabezamiento - artículo 406 en concordancia con artículos 453, 454 (numerales 1 al 7 y 9), 455, 458 y 460 (secuestro) de este Código

[112] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 35.

- En perjuicio del Presidente de la República (406, numeral 3, literal b)

a.2) Sujeto activo especial, es decir que puede ser cometido por personas con características especiales, como son:

- El copropietario, asociado o coheredero que no tenga la cosa común en su poder (artículo 451, último aparte), y en el curso de su apoderamiento matara a quien tenga el bien el su poder (siendo copropietario, asociado o coheredero)
- Quien tenga relaciones de oficio con la víctima o el arrendatario de sus servicios (artículo 454, ordinal 1°) y en el curso de su apoderamiento ocasionara la muerte de su patrono o arrendador.
- Ascendiente, descendiente o cónyuge; el sujeto activo es especial, porque existe vínculo con el sujeto pasivo, que es de sangre -ascendiente, descendiente- y matrimonial - deber de respeto entre los cónyuges- (408, numeral 1°)

b) Sujeto pasivo: Sobre quien recae la acción delictiva, es decir una persona.

Al respecto Febres Cordero[113], expresa: *El sujeto pasivo del delito de homicidio no puede ser sino el hombre, es decir, la existencia humana comprendida entre la vida y la muerte. Por tanto, no hay homicidio antes del nacimiento de un individuo, ni después de su muerte. La muerte del producto de la concepción del seno materno no constituye homicidio sino el delito de aborto. La muerte del recién nacido dada voluntariamente, es un homicidio. Si tal muerte se ocasiona en un niño recién nacido, no inscrito en el Registro del Estado Civil dentro del término legal, con el fin de salvar el honor del culpado o la honra de la esposa, de la madre, del descendiente, hermana o hija adoptiva, la responsabilidad del autor se atenúa, constituyendo un tipo especial y privilegiado del homicidio que se denomina infanticidio* honoris *causa, según se desprende de lo dispuesto por el Art. 413 del Código Penal. El derecho moderno no admite diferencias entre seres, monstruosos y monstruos, como se hacia en algunas legislaciones antiguas. En Roma, la muerte del monstruo no era punible, siendo*

[113] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 15.

responsable en cambio por el delito de homicidio, el que daba muerte a un ser monstruoso u ostemtum, *como era definido en las XII Tablas. En el derecho moderno las defectuosidades físicas o morales, no privan en la condición del hombre Y no influyen sobre el carácter igualitario de la protección penal, al decir de Garraud, citado por Cuello Calón. Pueden ser sujetos pasivos del delito de homicidio los gemelos unidos de modo inseparable, denominados comúnmente siameses. El problema que se presenta en la doctrina penal es sólo cuando se trata de determinar el grado de responsabilidad del agente, si su intención fue la de dar muerte a entrambos sujetos o a uno solo de ellos, o cuando uno de los dos sobrevive.*

Ahora bien, precisado lo anterior, pasamos a indicar en particular las referencias del tipo en estudio, de la siguiente manera:

b.1) Sujeto pasivo indiferente: Aquel que no exige condiciones especiales, es decir el sujeto pasivo puede ser cualquier persona y se presenta en los siguientes supuestos:

- Por medio de veneno, (406, numeral 1)
- Por medio de incendio, (406, numeral 1)
- Por medio de sumersión, (406, numeral 1)
- Por medio de los delitos previstos en el Título VII de este libro; (406, numeral 1 y artículos 344 y siguientes)
- Con alevosía (406, numeral 1)
- Por motivos fútiles o innobles(406, numeral 1)
- En el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 451, encabezamiento - artículo 406 en concordancia con artículos 453, 454 (numerales 1 al 7 y 9), 455, 458 y 460 (secuestro).

b.2) Sujeto pasivo especial, es decir que puede ser cometido en perjuicio de persona con cualidades especiales por personas con características especiales, como son en perjuicio del:

- Copropietario, asociado o coheredero que tenga la cosa común en su poder (artículo 451, último aparte).
- Empleador o el arrendador (artículo 454, ordinal 1°)
- Ascendiente, descendiente o cónyuge; el sujeto activo es especial, porque existe vínculo con el sujeto pasivo, que es de sangre - ascendiente, descendiente- y matrimonial - deber de respeto entre los cónyuges- (408, numeral 1°)
- El Presidente de la República (406, numeral 3, literal b)

2. **El Tipo Subjetivo:**

Es un delito doloso, porque el autor conoce y quiere ocasionarle la muerte a una persona -*animus nocendi*- utilizando los medios anteriormente indicados *de veneno o de incendio, sumersión u otro de los delitos previstos en el Título VII, con alevosía, por motivos fútiles o innobles, o en el curso de la ejecución de los delitos previstos en los artículos 451, 452, 453, 455, 458 y 460 de este Código, o bien realizándolo en perjuicio de su ascendiente, descendiente, cónyuge o del Presidente de la República o de quien ejerciere interinamente las funciones de dicho cargo.* Por lo tanto, su conducta debe estar dirigida por la voluntad de contradecir la norma de prohibición, que impone respeto a la vida humana; y la misma, puede asumir la forma de dolo directo -Cuando el resultado típico es el objetivo perseguido por el sujeto, Ej. X quiere matar a B y lo mata-; dolo de consecuencias necesarias, la acción dirigida a producir el resultado, se producen otros unidos al principal, X, quiere matar con una bomba al baterista de una banda de música, y se produce la muerte de todo el grupo musical-; e, inclusive dolo eventual, cuando el autor sabe que posiblemente se producirá la muerte de alguien producto de su acción y no deja de actuar pese a ello.

Como expresa Carlos Creus, citando a Fontán Balestra, *...tanto queda comprendido en la agravante el que actúa queriendo matar a su ascendiente, descendiente o cónyuge, como el que lo hace aceptando la causación del resultado en una de esas personas ante la probabilidad de que tal resultado ocurra a raíz de su actividad...*

Formas imperfectas de ejecución

Vistos los diferentes elementos que integran el delito de Homicidio Calificado, corresponde en esta fase del trabajo analizar las diferentes formas imperfectas de su ejecución.

El delito de Homicidio Calificado, se consuma previa utilización de las circunstancias indicadas anteriormente con la muerte de la persona

(cualquiera que ella sea o el copropietario o el asociado o el coheredero que tenga la cosa común en su poder -artículo 451, último aparte-, o el empleador o el arrendador -artículo 454, ordinal 1°-, o el ascendiente, o el descendiente o el cónyuge; o el Presidente de la República -406, numeral 3, literal b-.

El despliegue de actos preparatorios como la compra de los fósforos o del veneno para ocasionar la muerte; seguidos de los actos ejecutivos que comporten los inicios de las acciones de homicidio; como por ejemplo la colocación del veneno en el vaso.

La tentativa puede ser acabada (frustración) o inacabada (tentativa). Tentativa acabada o frustración, cuando alguien ha realizado, con el objeto de ocasionar la muerte de una persona (en las circunstancias indicadas en el tipo), todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo logra por causas independientes de su voluntad. La tentativa inacabada o tentativa cuando el agente con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad.

Al respecto, Mendoza Troconis[114], expresa: *Se ha decidido que la tentativa de envenenamiento no existe en el solo acto de mezclar la dosis con el remedio o bebida, sino que debe llegarse hasta ofrecérsela al presunto ofendido o colocarla de modo que inevitablemente la tome; ejemplo: si acostumbra tomar una taza de leche antes de acostarse y en ella se echa el veneno. Esta es la mejor interpretación. La frustración existe cada vez que la dosis no produzca la muerte, como en el caso en que se administre a tiempo un contraveneno.] pero si éste es administrado por el propio autor y con ello salva la vida de] la persona, entonces no hay frustración, porque la salvación débese a un hecho dependiente de la voluntad del sujeto y no ajena a ella.*

La tentativa puede ser imposible, por falta de idoneidad del medio, es decir cuando el medio sea inidóneo, ejp. El veneno no era tal, matar a alguien echando las cartas, por telepatía o cuando ya la persona estaba muerta.

[114] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 52.

También la tentativa desistida, por operar el arrepentimiento (voluntario y eficaz) que elimina la punibilidad de la tentativa, Ej. El agente coloca veneno copa de la víctima; sin embargo se arrepiente y retira el vaso, salvo cuando los actos ya realizados constituyan, de por si, otro u otros delitos o faltas (Ej. cometerlo por medio de armas de fuego).

Autoría y Participación

La existencia de este delito de homicidio calificado, castiga a la persona que le diere muerte a alguien en cualquiera de las circunstancias indicadas; por ende puede asumir las diferentes formas de autoría (dirige la totalidad del suceso hacia la producción de la muerte con las circunstancias indicadas -dominio del hecho-), inclusive, la autoría mediata, en los casos en que un irresponsable criminal haya sido suficientemente manipulado o instrumentalizado por otra con la finalidad de realizar el tipo; así como participación, como inducción (cuando hace surgir en otro la resolución de dar muerte a una persona en cualquiera de las circunstancias indicadas), la cooperación necesaria (cooperan en la ejecución del homicidio, sin el cual no se habría efectuado, Ej. dar el veneno) y la complicidad (su cooperación no es lo suficientemente relevante como para que al faltar su aporte, el acto no se hubiera efectuado).

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de homicidio calificado. Antes 408, ahora 406.
- Se modificó la penalidad establecida en el ordinal 1° reduciéndose su límite máximo, de 15 a 25 años de presidio pasó a ser de 15 a 20 años de prisión.
- Se modificó la penalidad establecida en el ordinal 2° de presidio a prisión.
- La penalidad establecida en el ordinal 3° de 20 a 30 años de presidio pasó a ser en el numeral 3 de 28 a 30 años de prisión.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Homicidio Calificado con Alevosía:

«el Homicidio Calificado ejecutado con alevosía, como es en el presente caso, configura un delito autónomo, cuyas circunstancias específicas se encuentran señaladas en el artículo 408 del Código Penal, creando así nuevos delitos calificados, que van a tener una penalidad propia, y que son susceptibles de agravación o disminución de la pena media, conforme a las prescripciones generales del Código Penal; por lo que, la circunstancia agravante del tipo, es decir, la alevosía, hace imposible el aumento de la pena conforme al artículo 79 del Código Penal,..» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 990 del 18/07/2000).

Homicidio Calificado por la Ejecución de un Robo. Art. 408 1° Código Penal

«el homicidio cometido durante la ejecución de un robo, constituye un delito autónomo, homicidio calificado previsto en el ordinal 1° del artículo 408 del Código Penal. El robo es la calificante del homicidio, por lo que no se está en presencia de un concurso real entre el delito de homicidio y el de robo, sino ante un caso de la perpetración de un sólo delito, vale decir de homicidio calificado» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 1096 del 01/08/2000).

Forcejeo Imprudente:

«No observa esta Sala de Casación Penal que en el presente caso haya quedado demostrada la existencia de alguna de las circunstancias que califican al delito de homicidio, previstas en el artículo 408 del Código Penal. Pero, desde luego, tampoco están dadas las circunstancias del homicidio culposo, esto es, la imprudencia en este caso y la consiguiente inintencionalidad, ya que precisamente un forcejeo -y esto fue la causa mediata o remota del deceso- es antitético de la falta de intención en el supuesto de hecho examinado: es obvio que en este caso el forcejeo no fue el producto de una imprudencia, sino de la intención de forcejear como una acción del pleito que se desarrollaba. Un forcejeo puede ser imprudente si, valga como ejemplo, se hace en juego y ocasiona un indeseado disparo letal. Pero no en estas circunstancias» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 1294 del 18/10/2000).

Homicidio calificado:

"(...) el homicidio cometido durante la ejecución de un robo, constituye un subtipo de homicidio. El robo es la calificante del homicidio, por lo que no se está en presencia de un concurso real (homicidio y robo), sino ante un único delito: homicidio cometido en la ejecución del delito de robo (homicidio calificado)" (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 0086 del 16/02/2001)

Homicidio calificado por medio de incendio. Dolo directo:

"El delito de homicidio calificado por medio de incendio requiere el dolo directo al utilizar el incendio en forma directa para buscar el resultado previsto y querido para cometer dicho ilícito" (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 159 del 14/05/2004).

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"Homicidio. Agravado. Alevosía e Indefensión de la víctima. Artículos 79 y 80, inciso 2° del C.P.

La alevosía requiere una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, ya sea provocada por el agente o simplemente aprovechada por él (Voto del Dr. Riggi, adhiere Dr. Rodríguez Basavilbaso, según su voto Dr. Tragant).

(...)

Es necesario hacer mención del acierto de comprender entre los elementos definitorios de la agravante definida en el inc. 2° del artículo 80 del C.P. (alevosía) -ya sea que el agente haya procurado con su actividad la falta de riesgo, ya que ocasionalmente haya aprovechado esa circunstancia sin contribuir a producirla- la condición ineludible de que el ofendido tenga alguna aptitud física que permita dar pie a suponer que pudiera haberse defendido. La idea del riesgo va referida a dicha aptitud de defensa de manera tan principal que su inexistencia excluye de plano la agravante calificativa controvertida, toda vez que cuando falta aquella posibilidad, no puede computarse la ausencia de peligro como motivo determinante del comportamiento, porque éste no ha podido cumplirse de otra manera

que en las condiciones de forzosa indefensión puestas por la propia víctima." (Cámara Nacional de Casación Penal. 7/08/03. Número 4376).

"Homicidio. Agravado. Criminis causae. Artículo 80, inciso 7° del C.P. Dolo directo.

Toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir por la conciencia de lo que se quiere -momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -momento volitivo-. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo ('dolo de tipo'). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va mas allá de lo que logra alcanzar. Toda acción conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo -el momento volitivo-. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo («dolo de tipo»). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso el hecho total no sólo ha sido querido dolosamente sino también ejecutado dolosamente. Aquí el dolo es un elemento final de la acción en todo su contenido. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. En este caso es evidente que el autor ha decidido la lesión del bien jurídico independientemente, por cierto, de si la producción del resultado le parecía más o menos probable, en la medida en que lo haya temido posible. En el caso en estudio quedó debidamente acreditado, que los disparos efectuados por los imputados contra el preventor fueron más que reveladores de la conexión ideológica existente entre la tentativa de homicidio y el delito de robo que se acababa de perpetrar, estos se produjeron en un contexto de fuga -luego de que la policía les impartiera la voz de alto-, lo que revela que la conducta de los imputados fue perpetrada con el dolo directo que exige la figura prevista en el artículo 80, inciso 7° del C.P." (Cámara Nacional de Casación Penal. 29/09/03. Número 4328).

Homicidio en la persona del Presidente de la República. Consagrado en España bajo el nombre de "Delitos contra el Jefe del Estado".

"Expresándole en el escrito publicado en un periódico la tendencia a excitar al regicidio, pues eso significa pedir, a raíz del asesinato de los Reyes de Servia, una docena de aquéllos regicidas para el Palacio de dos Monarcas, es evidente la realización del delito de este artículo." (Sentencia 28-05-1904; G. 24-09-1904; t. 72; p. 543).

DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO

Artículo 407

"La pena del delito previsto en el artículo 405 de este Código, será de veinte años a veinticinco años de presidio:

1. Para los que lo perpetren en la persona de su hermano.

2. Para los que lo cometan en la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de los Alcaldes, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, de la Policía, o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados en los numerales anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	a) Dar muerte a la persona de su hermano. b) Dar muerte a un Alto Funcionario Público.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	a) El hermano del sujeto activo. b) la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de los Alcaldes, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, de la Policía, o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.
Penalidad:	Presidio: 20 a 25 años.

1. Doctrina:

Elementos del tipo de Homicidio Agravado

Analizaremos los elementos del tipo de Homicidio Agravado, partiendo del tipo objetivo –el bien jurídico, la conducta y las cualidades de los sujetos–; seguidamente, el tipo subjetivo y los modos imperfectos de ejecución; para finalizar con las diversas formas de autoría y participación; de la siguiente forma:

Tipo objetivo: A continuación describiremos, el bien jurídico, la conducta y las cualidades de los sujetos.

El bien jurídico

Como se indicó anteriormente corresponde al Estado por medio de la tipificación de conductas proteger bienes jurídicos esenciales para el desarrollo armónico de la sociedad; en el delito de homicidio por excelencia es la vida; se agrava la pena, cuando además de éste se lesionan otros, como son: La integridad familiar -homicidio perpetrado en la persona de un hermano- y la paz social -homicidio cometido en perjuicio del *Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, de los Alcaldes, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, de la Policía, o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones-*.

Así como expresa Tulio Chiossone, *Esta denominación de homicidio agravado no tiene razón de ser que la justifiquen, porque tanto en el calificado como en el agravado, hay circunstancias que aumentan la pena y por lo tanto, lo agravan;* sin embargo ésta agravación a diferencia del tipo calificado, está referida específicamente a las características particulares del sujeto pasivo (de índole familiar o del cargo que ostenta).

Bienes jurídicos de rango constitucional, al que hacen mención las disposiciones previstas, en el artículo 2 *Venezuela se constituye en un Esta-*

do democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida...; Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable; e igualmente los previstos en los artículos 75, mediante el cual se establece que *"El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas"*; y 130, *"Los venezolanos y venezolanas tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación."*

La conducta:

La conducta típica del delito indicado está constituida en dar muerte a una persona; que puede asumir las formas de comisión (acción en sentido estricto -la realización de una conducta prohibida por su nocividad, se infringe una norma prohibida-) u omisión impropia (comisión por omisión -la no realización de una conducta de quienes tenían un determinado deber de actuar para evitar que se produzca el resultado típico -garantes-); bajo los siguientes supuestos:

a. Relacionado con vínculos familiares
b. Relacionados con la investidura del cargo.

Los cuales se explican a continuación:

a) **Supuesto de homicidio relacionado con los vínculos familiares, como es el homicidio perpetrado en la persona de su hermano**:

Supuesto que agrava la responsabilidad penal, denominado fraticidio; por cuanto es perpetrada la muerte en perjuicio del hermano; primer homicidio conocido en la historia de la humanidad, cuando Caín le ocasionó la muerte a Abel. Consideramos que procede en relación con los hermanos biológicos y adoptivos, por la especial relación que surgen de fraternidad entre el sujeto activo y pasivo.

Por su parte, Grisanti Aveledo[115], expresa: *...los hermanos pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales. Igualmente, pueden ser de doble vínculo (hermanos germanos) o de simple vínculo; estos últimos se*

[115] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 36.

subdividen en consanguíneos (hijos del mismo padre y diferentes madres y uterinos ((hijos de la misma madre y diferentes padres).

Circunstancia ésta que debe ser conocida por el agente, porque en caso contrario procede el tipo de Homicidio Intencional, tal como lo establece el artículo 68 del Código Penal: *Cuando alguno por error, o por algún otro accidente, cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien había dirigido su acción, no se le imputaran las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría del ofendido o lesionado o de sus nexos con este, pero si las que habrían disminuido la pena del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien se dirigió su acción.*

b) **Supuesto referido a las funciones desempeñadas por la víctima, como es el perpetrado en perjuicio del**:

- Vicepresidente Ejecutivo de la República,
- Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia,
- Ministros de Despachos,
- Gobernadores de Estados,
- Diputados de la Asamblea Nacional,
- Alcalde Metropolitano,
- Alcaldes,
- Rector del Consejo Nacional Electoral,
- Defensor del Pueblo, ojo El Art. 407 no lo incluyó
- Procurador General,
- Fiscal General,
- Contralor General de la República,
- Miembro del Alto Mando Militar, de la Policía, o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

Supuesto que agrava la responsabilidad penal; por cuando es perpetrada la muerte en perjuicio de funcionarios que ejercen actividades fundamentales para el desarrollo del país, como es el caso del Vicepresidente Ejecutivo de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de

Justicia, Ministros de Despachos; entre otros; con lo que se afecta la paz y el orden social.

Sobre estos particulares, Chiossone[116] refiere que el legislador distingue dos situaciones: *en la primera, la simple investidura, agrava, es indiferente que sea a causa de sus funciones o no serlo; mientras que en el segundo caso, se necesita que el homicidio sea realizado por motivo de las funciones, o sea, en los casos de los miembros de las Fuerzas Armadas, policía, o de cualquier funcionario público.*

Por su parte, Grisanti Aveledo, expresa que la denominación de este supuesto corresponde a la del Magnicidio Impropio; que señala que es diferente del perpetrado en perjuicio del Presidente de la República por *la injustificada preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los otros Poderes, aunque teóricamente se consagra la igualdad jerárquica de las ramas del Poder Público.*

Sobre estos particulares, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala en relación a los funcionarios indicados lo siguiente:

- El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 239 constitucional, es el órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional
- Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el último aparte de los artículos 253 y 267 constitucional, constituyen el sistema de justicia y les corresponde entre otras funciones la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial
- Los Ministros de Despacho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 constitucional, tienen entre otras funciones asesorar al Presidente o Presidenta de la República y al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva en los asuntos que le fueren asignados.
- Los Gobernadores de los Estados; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159 constitucional, les corresponde entre otras funciones, el gobierno y administración de cada Estado.

[116] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 406.

- Los Diputados de la Asamblea Nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 constitucional, entre otras funciones les corresponde la de legislar en las materias de la competencia nacional.
- Los Alcaldes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 constitucional, les corresponde entre otras funciones el gobierno y administración del Municipio.
- Los Rectores del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 293 constitucional, les corresponde entre otras funciones, el control del poder electoral.
- El Defensor del Pueblo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 constitucional, le corresponde entre otras funciones, velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos.
- El Procurador de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 constitucional, le corresponde entre otras funciones, asesorar, defender y representar judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República, así como la consulta para la aprobación de los contratos de interés público nacional.
- El Fiscal del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 constitucional, le corresponde entre otras funciones, garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales.
- El Contralor General de la República, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 287 y 289 constitucional, le corresponde entre otras funciones, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos.
- Los miembros de la Fuerza Armada Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 constitucional, representan a una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley.

De conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 172 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales «El Alto Mando de cada Fuerza estará integrado por el Comandante General, el Inspector General y el Jefe del Estado Mayor. El Alto Mando Ampliado se constituirá por directiva del Ministro de la Defensa, atendiendo a la organización de cada Fuerza.»

- Los miembros de la Policía y cualquier otro funcionario público (cuando se hubiere cometido a causa de sus funciones); de conformidad con lo dispuesto en el artículo 332 constitucional, la policía es de naturaleza civil y tiene entre otras las funciones de mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley.
- Cualquier otro funcionario público, cuando el homicidio se cometa a causa de sus funciones; ello se debe a las especiales y diversas atribuciones que tienen los funcionarios públicos, sean estos nacionales, estadales o municipales; dependientes del poder ejecutivo, legislativo, judicial, moral o electoral, representan los intereses del país; motivo por el cual se agrava la pena cuando se produzca la muerte de ello, siempre y cuando -a diferencia de los anteriores- sea en el ejercicio de sus funciones.

Las cualidades del sujeto pasivo, debe ser conocida por el agente, porque en caso contrario procede el tipo de Homicidio Intencional, tal como lo establece el artículo 68 del Código Penal: *Cuando alguno por error, o por algún otro accidente, cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien había dirigido su acción, no se le imputaran las circunstancias agravantes que dimanen de la categoría del ofendido o lesionado o de sus nexos con éste, pero si las que habrían disminuido la pena del hecho si lo hubiera cometido en perjuicio de la persona contra quien se dirigió su acción.*

Los sujetos:

En cuanto a los sujetos del delito de Homicidio Agravado, suele distinguirse entre sujeto activo y sujeto pasivo del mismo.

a) El sujeto activo: Quien realiza el tipo de homicidio y suele distinguirse entre sujeto activo indiferente y especial

a.1) Sujeto activo indiferente, es decir que puede ser cometido por cualquier persona, como son aquellos perpetrados en contra de las siguientes autoridades:

- Vicepresidente Ejecutivo de la República,
- Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia,
- Ministros de Despachos
- Gobernadores de Estados
- Diputados de la Asamblea Nacional
- Alcalde Metropolitano
- Alcaldes
- Rector del Consejo Nacional Electoral
- Defensor del Pueblo
- Procurador General
- Fiscal General.
- Contralor General de la República.
- Miembro del Alto Mando Militar, de la Policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

a.2) Sujeto activo especial, es decir que puede ser cometido por personas con características especiales, como es el perpetrado en perjuicio de su hermano.

b) Sujeto pasivo: En ambos supuestos, el sujeto pasivo es especial; es decir requiere la existencia de condiciones especiales: -Hermano y -Funcionarios especificados anteriormente.

El Tipo Subjetivo:

Es un delito doloso; porque el autor conoce y quiere ocasionarle la muerte a una persona *-animus nocendi-*; la cual debe ser su hermano o el Vicepresidente Ejecutivo de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Ministros de Despachos, Gobernadores de Estados, Diputados de la Asamblea Nacional, Alcalde Metropolitano, Alcaldes,

Rector del Consejo Nacional Electoral, Defensor del Pueblo, Procurador General, Fiscal General, Contralor General de la República, algún miembro del Alto Mando Militar, de la Policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones. Igualmente puede asumir las formas de dolor directo, de consecuencias necesarias y eventual, como se indicó anteriormente.

Formas imperfectas de ejecución

El delito de Homicidio Agravado, se consuma con la muerte del hermano; Vicepresidente Ejecutivo de la República; Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; Ministros de Despachos; Diputados de la Asamblea Nacional; Diputados de los Consejos Legislativos de los Estados; Alcaldes; Rector del Consejo Nacional Electoral; Procurador General; Fiscal General; *Contralor General de la República; Gobernadores de Estados;* Miembro de la Fuerza Armada Nacional, de la Policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

Así, al igual que el tipo anteriormente señalado, éste puede asumir las formas de tentativa acabada (frustración), inacabada (tentativa), desistida e imposible.

Autoría y Participación

La existencia de este delito de homicidio Agravado, castiga a la persona que le diere muerte a alguien en cualquiera de las circunstancias indicadas; por ende puede asumir las diferentes formas de autoría y participación, como se indicó en el aparte anterior.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de homicidio agravado. Antes 409, ahora 407.
- Se modificó la penalidad. Antes era de 14 a 20 años de presidio y ahora es de 20 a 25 años de presidio.
- Se agregaron como sujetos pasivos a las personas de los Alcaldes y el Defensor del Pueblo.

- En la persona de algún "*...miembro de la Asamblea Nacional,...*" pasó a ser "*...de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional,...*". "*...de los Consejos Legislativos de los Estados,...*" cambió por "*...de un Gobernador de estado,...*". "*...de algún miembro del Consejo Nacional Electoral,...*" se sustituyó por "*...de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral,...*". "*...de algún miembro de la Fuerza Armada Nacional,...*" se remplazó por "*...de algún miembro del Alto Mando Militar,...*"
- Se eliminaron como sujetos pasivos la persona de "*...algún miembro de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura,...*" y "*...de la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos,...*".
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales y la posibilidad de que puedan otorgárseles medidas alternativas al cumplimiento de la pena.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

PARAGUAY

Fratricidio

"El grito de socorro de la víctima que clamaba auxilio y pedía la presencia de la Policía, hace en forma tan evidente que bajo ninguna forma el propio hermano pudo desconocer que se trataba de tal. Por el contrario, insistió en los disparos que acabaron con la vida de Mario Luis Ocampos. Todo ello, la total inexistencia del peligro inminente, así como la agresión injusta, hacen que no ha existido la mínima racionalidad del medio empleado para la defensa, por el contrario las dos tandas de disparos múltiples, efectuada la segunda después del socorro pedido por la víctima, desde tan corta distancia, coloca al agresor en la situación de que disparó contra su propio hermano, pues reiteramos de ninguna forma pudo "no conocerlo". De esta forma, el ya condenado MILTON RENE OCAMPOS ALONSO, resulta ser el autor responsable de la muerte violenta de su hermano MARIO LUIS OCAMPOS ALONSO, debiendo responder de dicha acción violenta." (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 09/05/2001. Número: 209).

ESPAÑA

Fratricidio

"Los dos hermanos recurrentes, marido el uno y hermana política la otra de la víctima, al matar a ésta a golpes, hiriéndola con un punzón y por fin mediante estrangulación incidieron en los delitos de parricidio y homicidio, respectivamente" (Sentencia 23-10-1925; G. 1-4-1926; t. 112; pag. 595).

COLOMBIA

Fratricidio

"Según el defensor, el elemento parentesco sólo es susceptible de demostración a través de prueba documental. Y como no pasó así, el juzgador incurrió en error de hecho por suposición de la prueba documental. Es decir, el abogado se confunde. La segunda instancia no supuso el medio de convicción, sino que dio por establecido el vínculo que le permitió dar por estructurada la circunstancia específica de agravación, a través de prueba testimonial y del propio dicho del procesado. El error que le atribuye el abogado a la sentencia, entonces, debió haberlo planteado como de derecho por falso juicio de convicción y esa es su primera equivocación. La segunda fue no precisar la norma legal en la cual se disponía que sólo es viable la demostración de tal hecho en el proceso penal a través de prueba documental. Esta, en todo caso, no existe. Y como así es y como en el proceso penal rige el principio de libertad probatoria ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en señalar que el parentesco, a diferencia de como sucede frente a la ley civil, puede probarse con cualquier medio de prueba autorizado. En consecuencia, en ninguna impropiedad incurrió el juzgador al dar por existente la agravante punitiva en la forma que lo hizo y por lo tanto tampoco esta censura puede prosperar." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fecha: 14/02/2002. Número 14693).

CAPÍTULO VII
De la Difamación y de la Injuria

DELITO DE DIFAMACIÓN

Artículo 442

"Quien comunicándose con varias personas, reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de un año a tres años y multa de cien unidades tributarias (100 U.T.) a un mil unidades tributarias (1.000 U.T.).

Si el delito se cometiere en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad, la pena será de dos años a cuatro años de prisión y multa de doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.).

***Parágrafo único:** En caso de que la difamación se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría, el ejemplar del medio impreso, o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie difamatoria."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Imputar a un individuo un hecho determinado.
Medios de Comisión:	Comunicándose con varias personas, reunidas o separadas.
Sujeto Pasivo:	Puede ser cualquier persona.
Penalidad:	Prisión de 1 a 3 años y multa de 100 U.T. a 1.000 U.T. La pena será de 2 a 4 años de prisión y multa de 200 U.T. a 2.000 U.T. para el primer aparte.

1. Doctrina:

El bien jurídico objeto de tutela penal es el honor y reputación de las personas. Mucho se discute en la actualidad sobre la intervención penal cuando se lesiona estos intereses. El honor es la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto al prójimo y la reputación es la opinión que las gentes tienen de una persona.

Siguiendo las modernas corrientes en cuanto a la legitimación constitucional para intervenir penalmente, según el reconocimiento de ese bien en la Carta Fundamental, tenemos que en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) se señala como uno de los fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad. El artículo 19 establece que el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. En el artículo 20 se establece el derecho de toda persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más dilaciones que las que deriven del derecho de las demás y del orden público y social.

De las anteriores disposiciones surge que se concreta el valor primordial de la persona en el ordenamiento jurídico, de los derechos que le son inherentes y de la personalidad en cuanto a tal y así en el Título III de la CRBV de los Deberes, Derechos Humanos y Garantías, Capítulo III de los Derechos Civiles se reconocen de manera explícita derechos de la personalidad como derechos fundamentales, tales como la vida, la libertad en sus diversas manifestaciones, el honor, la intimidad, y la propia imagen, entre otros, y se les dota de una posición privilegiada dentro del entramado constitucional.

Los derechos de la personalidad conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades pasando a tener en la Constitución de 1999 carácter de derechos fundamentales, estando el honor y la reputación entre los derechos consagrados en el artículo 60 de la CRBV.

De la letra el artículo 60 de la Constitución pueden extraerse las siguientes consecuencias:

1) Se reconocen explícitamente su existencia y son inherentes a la dignidad de la persona, protegiéndose del libre desarrollo de la personalidad.
2) Se les otorga rango de derechos fundamentales al incardinarlos en el Capítulo III, Libro III de la CRBV, entrando por tanto en el ámbito de protección del amparo constitucional, del habeas data y de la intervención penal en caso de lesión.
3) El Estado garantiza su protección por lo que están dotados de un contenido positivo vinculante para los ciudadanos y para los poderes públicos.

En el texto constitucional se reconocen una serie de libertades como libertad personal, libertad de religión, libertad de culto; libertad de conciencia; libertad de expresión; libertad de obtener información; libertad de creación cultural; libertad económica. De estas libertades, la de expresión y de información, su ejercicio está limitado por los artículos 57 y 58, respectivamente, justamente por las implicaciones que puede ocurrir con relación a los derechos de honor, intimidad y propia imagen del artículo 60 de la CRBV.

Con ello se dota a los derechos del artículo 60 de la CRBV de un contenido negativo, actúan como limitaciones explícitas al ejercicio de las libertades mencionadas, que gozan también del carácter de derechos de la personalidad y del rango de derechos fundamentales.

Los derechos del artículo 60 de la CRBV se ven así interconexionados con las libertades de los artículos 57 y 58. El ámbito de éstas llega hasta donde empieza el contenido propio de aquellos. En supuestos de conflicto, los Tribunales deberán realizar una adecuada ponderación de los derechos en pugna.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al conocer de recurso de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 444 del Código Penal reformado, que describe el delito de Difamación, declaró que la norma no era inconstitucional y se pronuncia en cuanto a que el honor y la reputación es el objeto jurídico tutelado en el tipo penal, precisando que "se trata de delitos que generan responsabilidad por exponer a un individuo, mediante la imputación de un hecho determinado, al odio público. Tal apología del odio contra cualquier persona o grupo de personas está prohibida por el artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..." "El artículo 444 impugnado, pena al que ofende a otro en su honor o reputación."

En cuanto a los sujetos el tipo penal es de sujetos indeterminados, sin embargo, en cuanto al sujeto pasivo se han presentado problemas de interpretación al respecto. No ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la consideración de las personas jurídicas como sujetos pasivos del delito de difamación.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia considera que sólo corresponde a las personas naturales la condición de sujeto pasivo en

este delito en atención a la expresión "individuo" empleada en la descripción. Si a la expresión individuo se le atribuye el carácter de elemento normativo de carácter jurídico, se ha de desentrañar en el artículo 16 del Código Civil que clasifica a las personas en naturales y jurídicas, refiriéndose a las primeras como individuo de la especie humana. Lo anterior sumado a la ubicación del delito en los delitos contra las personas naturales (homicidio, lesiones, aborto, etc.), a la función de sistematización que cumple el bien jurídico, al criterio de interpretación restrictiva que se impone cuando se trate de tipos penales y al principio de mínima intervención y carácter subsidiario del derecho penal, permitieran dar sustento a la anterior posición.

Otro sector de la doctrina, por el contrario, considera que si pueden ser sujeto pasivo las personas jurídicas con base en el argumento que se les puede lesionar y causarles severos daños patrimoniales como consecuencia de campañas de descrédito. Quienes sustentan esta posición interpretan en sentido amplio y extensivo la expresión individuo y nada informan sobre la sistematización del delito en el Título IX del Código Penal ni en cuanto a los principios propios del derecho penal.

En cuanto a la Jurisprudencia, la Sala Penal hasta el año 2000, reservó el delito de difamación para las personas naturales, con posterioridad con la sentencia de la Procter And Gambler, se interpretó en el sentido que si eran sujetos pasivos del delito de difamación. La Sala Constitucional, al conocer de la inconstitucionalidad del artículo que contiene la descripción típica, en sentencia 1942 del año 2004. Precisó que la responsabilidad penal sólo es posible atribuirla a quienes "atentan contra la reputación de las personas naturales, que es a quienes se aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2), tal como lo estableció el Informe N° 47/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de octubre de 1997," y que en otro ámbito como el mercantil, *"no puedan ser objeto de daños en la "reputación mercantil" como producto del hecho ilícito proveniente de la libertad de expresión. Pero existiendo el Derecho a la integridad personal (que corresponde a las personas naturales) que involucra la integridad psíquica y moral, la protección a la reputación se refiere a la que lesiona esa integridad psíquica y moral. Lo que se ve apuntalado por el artículo 10 de la ya mencionada Convención Americana que protege la honra, reputación y la dignidad, y otorga el derecho de ser protegido contra ingerencias y ataques a la vida privada, al domicilio, a la correspondencia, a la honra y reputación."*

Igualmente en la sentencia que fijó el procedimiento para conocer de las acciones de habeas data, precisó que las personas jurídicas no pueden invocar lesiones a su honor, *"ya que éste, entendido como la opinión positiva que sobre sí mismas tienen las personas, corresponde a un derecho personalísimo, inherente a la persona humana, fundado en la dignidad del hombre. En consecuencia, las personas jurídicas carecen de honor, al no poder ellas formular subjetivamente una idea sobre si mismas..."...."Los ataques a las personas jurídicas puedan afectar su prestigio, lo que es un hecho que se refleja con relación a quienes contratan o se relacionan con ellos, que se refiere a la estima que de ella tienen los terceros. Es esta aceptación de su estima por los otros seres: la reputación, la cual puede ser buena o mala, y que puede alcanzar a grupos sin personalidad jurídica"...."Las personas jurídicas gozan de reputación; en el sentido del grado de aceptación por los demás, y esa reputación está protegida por el artículo 60 de la vigente Constitución."*

En cuanto a si una persona fallecida puede ser sujeto del delito de difamación, plantea Febres que los muertos no pueden serlo por tratarse de un delito contra las personas, es decir, contra los individuos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo algunos autores señalan que al permitir la ley la persecución de los delitos de difamación e injuria contra la memoria de una persona muerta, se está considerando que su personalidad sobrevive en los herederos y parientes inmediatos, y por consiguiente el difunto puede ser sujeto pasivo de estos delitos.

En cuanto a la conducta típica en la difamación, consiste en el acto de atribuirle a una persona un hecho determinado o idóneo para exponerla al desprecio o al odio público o para ofender su honor o reputación. Imputar es atribuir a otro una cosa censurable, El hecho determinado requiere ser concreto y específico, como sostiene Maggiore, citado por Febres, no puede ser vago, impreciso o genérico. El hecho debe ser atribuido, es decir, imputado unívocamente a una persona, refiriéndose a ella de modo seguro y a sabiendas, la falta de manifestación de alguna duda, de alguna sospecha, de una opinión no segura de una verdad, no sería apta para constituir un hecho determinado.

El hecho imputado puede ser falso, lo que debe tener la entidad o suficiencia de exponer al sujeto al desprecio o al odio público, o ser ofensivo a su honor o reputación. La imputación del hecho determinado debe hacerse por medio de la comunicación a varias personas que pueden estar reunidas o separadas. Como sostiene Febres, el hecho determinado que se imputa debe ser potencialmente apto o suficiente para colocar a la persona en condición de ser desestimada o despreciada, o también que se le tenga antipatía o aversión.

Para Maggiore la acción supone:

a) "Una ofensa contra la reputación ajena. La reputación es la estimación de que se goza en sociedad a causa del ingenio, o de la habilidad en un arte, profesión o disciplina, es algo más que la consideración y menos que el renombre y la fama.

El honor es la estimación debida a las cualidades éticas, esenciales al individuo, y se refiere más a la virtud que a la inteligencia, por lo tanto es algo más que la reputación, y la comprende en sí mismo pero no siempre, pues se puede ser un hombre de honor, sin ser un hombre reputado.

b) La comunicación con varias personas, excluido el ofendido. Comunicarse con alguno quiere decir entrar en relaciones con él, haciéndolo partícipe y sabedor de alguna cosa.

En cuanto al medio de comisión, es un delito de expresión, el medio de comisión es el verbo, en forma oral o escrita, siendo agravado en este caso. Carrara hace coincidir la razón de esta agravante en la mayor permanencia de la palabra ofensiva cuando se consigna por escrito, por cuanto la divulgación concurre con ella en potencia o en acto.

En la forma básica o simple, es indiferente el medio que se emplee para comunicarse, sólo que si ese medio es la publicidad el delito se agrava. En todo caso el culpable tiene que ser la causa inmediata o mediata de la comunicación, bien se comunique directamente con varias personas, bien se sirva de intermediarios. Las personas pueden estar reunidas o separadas.

El tipo contiene una forma agravada en atención al medio de comisión, y es si el hecho determinado se imputa a través un documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad. Contiene a su vez la descripción una norma de carácter procesal en cuanto el medio de prueba en el proceso penal, tal es que en caso de que la difamación se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría, el ejemplar del medio impreso, o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie difamatoria.

La parte subjetiva del tipo está constituido por la intención dolosa, específica del agente de querer exponer al sujeto pasivo al desprecio o al odio público o de ofenderlo en su honor o reputación, es el ánimus diffamandi, diferente al nocendi. Para Maggiore, el elemento psicológico de este delito es el dolo que lo califica de bífido, por ser a la vez uno y doble.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de difamación. Antes 444, ahora 442.
- Se modificó la penalidad establecida en el encabezado. Antes era de prisión de 3 a 18 meses. Ahora es de prisión de 1 año a 3 años y multa de 100 U.T. a 1.000 U.T.
- Se modificó la penalidad establecida en el primer aparte. Antes era de prisión de 6 a 30 meses. Ahora es de prisión de 2 a 4 años y multa de 200 U.T. a 2.000 U.T.
- El Parágrafo único es una novedad.

3. Marco Jurisprudencial:

Difamación e Injuria. Criterio Distintivo:

La injuria es la ofensa genérica y la difamación la ofensa específica. Por tanto, la injuria es el género y la difamación la especie. Ésta exige la imputación de un hecho determinado, es decir, detallar esa ofensa, que si no pasa de genérica quedaríase en injuria. Habría que dar pormenores, habría que matizar esa ofensa genérica con circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc.

La difamación, como se expresó con antelación, está descrita en el artículo 444 del Código Penal. El criterio distintivo entre difamación e injuria consiste en que mientras en esta última se atribuye una ofensa genérica, no pormenorizada, en la primera se irroga una ofensa específica, determinada, caracterizada o pormenorizada. Y como en la difamación, por atribuir un hecho determinadamente detallado, hay un mayor ataque a la víctima (por la mayor apariencia de verdad), por eso se ha castigado más severamente.

En la difamación se lleva al extremo el perjuicio que causó en la fama de la víctima, pues se rodeó la imputación de una apariencia formidable de veracidad dado que se afianzó en supuestos hechos circunstanciados de lugar, fecha, sitio, cantidad, etc. (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 240 del 25 de febrero de 2000, caso Procter & Gamble de Venezuela).

Personas Jurídicas como Sujeto Pasivo:

"*(...) las personas jurídicas sí pueden ser sujetos pasivos del delito de difamación (...)*" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 240 del 25 de febrero de 2000, caso Procter & Gamble de Venezuela).

Concepto. Honorabilidad Objetiva y Subjetiva. Honor y Reputación:

"*La difamación es un delito que atenta contra la honorabilidad de las personas en dos aspectos: subjetivo y objetivo. El aspecto subjetivo supone, como se expresó con anterioridad, el sentimiento de la propia dignidad. Y este aspecto de la honorabilidad de las personas es el que se ha considerado como el honor o reputación subjetiva u honor en sentido amplio. El aspecto objetivo contempla de modo específico la reputación. Y este aspecto de la honorabilidad de las personas es el que se ha considerado como la reputación en sentido estricto u honor objetivo*" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 240 del 25 de febrero de 2000, caso Procter & Gamble de Venezuela).

Personas Jurídicas tienen Derecho a Proteger su Reputación (Innovación):

"*(...) todas las personas deben contar con la protección de su reputación. Las personas jurídicas tienen una reputación y en consecuencia tienen perfecto derecho a que el Derecho Criminal les dé la debida protección*

respecto a esa reputación" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 240 del 25 de febrero de 2000, caso Procter & Gamble de Venezuela).

Supuesto de hecho para que se configure el delito de difamación agravada:

"*Ahora bien, para que se materialice el delito de difamación agravada, sancionado en el artículo 444 último aparte del Código Penal, es necesario que el perpetrador de este hecho posea el animus difamandi (voluntad consciente de difamar) y ofende a la reputación, honor u decoro ajena mediante comunicación con otras personas y en ausencia del agraviado; tomando en cuenta el medio de divulgación, en el caso que nos ocupa, el medio de publicidad agrava con toda la lógica del ilícito por la máxima del daño contenido en las especies ofensivas, es evidente que una gran cantidad de personas accedan a los medios de comunicación y viceversa, así como que de forma masiva se acude a la prensa, en especial, en procura de la información. De allí la inmensa importancia pero también la inmensa responsabilidad de quienes conducen tales medios de comunicación social en general y en particular la prensa escrita; la prensa tiene un gran compromiso con la verdad, por lo que la verdad necesita una voz y la voz más potente que llega al público, sigue siendo la prensa; por eso no se deben falsear los hechos o, superándolos de su verdadera contexto, alterar su verdadera significación*" (sic).

"*Es comprensible que en la prisa del jadeante trabajo cotidiano se cometa un error al aceptar una información mal comprobada o al expresar un juicio injusto, lo cual así a veces podría causar más bien ligereza que dolo malo. Pero, sobre todo si e error ha sido reiterativo, lo cual lo haría mucho menos comprensible, todas las personas que hayan divulgado el error tiene el deber de restablecer la verdad*" (sic).

"*En este mismo orden de ideas, el hecho difamatorio puede propalarse de distintos modos, con la palabra, con escritos o con dibujos, en forma simbólica, narrando los hechos en comunicación con varias personas, publicándolas en un periódico, alterando un hecho verdadero*".

"*El delito de difamación está sometido a una condición objetiva de punibilidad, pues el legislador dice: 'El que comunicándose con varias personas reunidas o separadas, hubiere imputado...', lo que quiere decir que si la difamación se comunica a uno solo o una persona, no se ha come-*

tido delito, se requiere publicidad, que, además, puede hacerse en documento, público, en escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, en forma escandalosa, o con otros medios de publicidad, como un telegrama; entonces la responsabilidad penal del difamador se agrava por causa de la mayor difusión que envuelven estos medios".

"De manera que, de autos de desprende que el acusado de autos siguió de manera reiterada con las imputaciones en contra del ciudadano Willian Lara, exponiéndole nuevamente al desprecio y escarnio público, tal y como se evidencia de los videos de las entrevistas que el acusado diera en canales privados de televisión, como los son Televen y Globovisión, materializándose así la continuidad del ilícito penal, aquí demostrado" (sic) (Sentencia de fecha 28 de febrero de 2005 dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, caso Willian Lara contra Tulio Alvarez).

Exceptio veritatis:

"De lo que se evidencia del artículo antes transcrito, que el mismo tiene como regla general que al sujeto activo no se le permite la prueba de la difamación; en principio, la verdad o falsedad del hecho imputado a la víctima es irrelevante en cuanto a la configuración del delito de difamación, basta que se haya atentado contra el honor y la reputación del sujeto pasivo; sin embargo excepcionalmente este artículo, admite la excepción o prueba de la verdad, cuando la víctima es un funcionario público y el hecho imputado se refiere a sus funciones como tal; en el caso que nos ocupa se trata de un Diputado a la Asamblea Nacional, ciudadano Willian Lara, relacionado con su gestión como Presidente a la Asamblea Nacional" (sic).

"Ahora bien, luego de analizar la referida norma conjuntamente con la normativa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Código Orgánico Procesal Penal, observa este sentenciador que en la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, podía el juez pronunciarse acerca de la verdad o notoriedad del hecho, ya que como instructor del Proceso Penal, podía recabar las pruebas necesarias para comprobar si los hechos específicos determinados, por los que se acusaba por el delito de difamación constituían delito, pero que en la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, pasamos de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, en donde el titular de la acción penal a tenor de lo establecido en los artículos 285 de nuestra Ley Suprema, 11 y 108 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que no puede este sentenciador invadir la esfera de acción de otro órgano del Estado y pasar a pronunciar sobre si unos hechos constituyen o no delito, a sabiendas que reposa investigación por ante el Ministerio Público, tal y como se desprende de la sentencia dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en donde ordena la remisión de copia certificada de la sentencia al Ministerio Público a los fines de que se investigue si existieron o no irregularidades en cuanto a la póliza de seguros que amparaba a los empleados de la Asamblea, en razón de lo cual no puede el sentenciador emitir pronunciamiento alguno en cuanto a si los hechos constituyen o no delito, no significando ello que no puede observar que de acuerdo a todas y cada una de las probanzas ofrecidas, admitidas y evacuadas, trajeron como consecuencia que el hecho que al menos el hecho específico determinado que le imputó el acusado de autos, TULIO ALBERTO ALVAREZ RAMOS, al ciudadano WILLIAN LARA, que durante su gestión como Presidente a la Asamblea Nacional, fue asaltada la caja de ahorros de la Asamblea Nacional y que se habían desviado los fondos por concepto de pago de los aportes patronales, no fueron comprobados como ciertos, por lo que este Tribunal la declara SIN LUGAR" (Sentencia de fecha 28 de febrero de 2005 dictada por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, caso Willian Lara contra Tulio Alvarez).

Supuestos de configuración del delito de difamación agravada:

"De las pruebas recibidas por este Juzgado, se puede apreciar que la conducta desplegada por la ciudadana Patricia Poleo se subsume en el tipo penal contenido en el artículo 444 único aparte del Código Penal que describe y sanciona el delito de Difamación Agravada, establecido como uno de los 'Delitos contra las Personas' en el Libro PRIMERO, Título IX, Capítulo VII del Código Penal reformado, cuyo texto es el siguiente:

> *Artículo 444. El que comunicándose con varias personas reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación...'*
>
> ***Si el delito se cometiere en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad, la pena será de seis a treinta meses de prisión (NEGRILLAS DEL TRIBUNAL)***

Tal como se advierte de la lectura del único aparte de la norma en comento, si el agente activo del delito realiza la actividad constitutiva de delito mediante escritos expuestos al público, como el caso específico que nos ocupa, se hace acreedor de la pena corporal prevista en dicho aparte, por tanto, es irrefutable que las pruebas debatidas en juicio, ubican a la periodista (...) como autora directa y responsable del delito en referencia.

Sin embargo, la acusada mantuvo (...) que su actividad se corresponde al desarrollo de su profesión, dado el derecho-deber de expresar libremente sus opiniones e informar consagrado en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...

Por otra parte debe tomarse en cuenta que la difamación es un delito agravado por la circunstancia de publicidad contemplada en el único aparte del artículo 444 del Código Penal. El medio de la publicidad agrava con toda lógica estos delitos por la máxima difusión del daño contenido en las especies ofensivas.

El legislador exige en dicho ilícito varios supuestos, entre los que se destaca; que el agente se comunique con varias personas reunidas o separadas; en el caso que hoy motiva el presente fallo, una vez concluido el Juicio Oral y Público se demostró fehacientemente que la ciudadana (...) a través de su columna periodística comunicó a un gran número de personas un hecho que desacreditaba al hoy Ministro (...). De igual manera exige que impute a un individuo; es decir, que atribuya una culpa a un sujeto específico, en este caso la periodista (...) tal como se evidencia de la lectura de la columna denominada (...) que discurre en la página tres del Diario (...) editado en fecha 18 de octubre de 2004 determinó que el ciudadano (...) era el responsable de la muerte de un vigilante del canal del Estado, atribuyendo que por este hecho había logrado ubicarse en el cargo que hoy ejerce, manifestando: 'Jesse levantó su historia, su carrera política, sobre el cadáver de un vigilante del canal 8. Las imágenes hablan por sí solas. Sin palabras pues. .... la forma cobarde en que asesinó al vigilante de Venezolana de Televisión'

Con lo que entonces se cumple el postulado de la norma en relación a que debe el agente activo imputar al sujeto pasivo un hecho determinado; el cual en el caso de marras está perfectamente acreditado; finalmente exige la norma en comento que ese hecho determinado sea capaz de

exponer a ese individuo al desprecio u odio público, en este caso destacan las declaraciones de los testigos evacuados en audiencia los cuales fueron contestes en afirmar que escucharon a personas del entorno comentando lo que habían leído en la referida columna y refiriéndose al ciudadano (...) en forma negativa. " (Sentencia del 23 de abril de 2005 dictada por el Juzgado Décimo en Funciones de Juicio del Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (caso Patricia Poleo).

DELITO DE INJURIA

Artículo 444

"Todo individuo que en comunicación con varias personas, juntas o separadas, hubiera ofendido de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a un año y multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.).

Si el hecho se ha cometido en presencia del ofendido, aunque esté sólo, o por medio de algún escrito que se le hubiere dirigido o en lugar público, la pena podrá elevarse en una tercera parte de la pena a imponer, incluyendo en ese aumento lo referente a la multa que deba aplicarse, y si con la presencia del ofendido concurre la publicidad, la pena podrá elevarse hasta la mitad.

Si el hecho se ha cometido haciendo uso de los medios indicados en el primer aparte del artículo 442, la pena de prisión será por tiempo de un año a dos años de prisión y multa de doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.).

***Parágrafo único:** En caso de que la injuria se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría el ejemplar del medio impreso o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie injuriante."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Se concreta en la ofensa al honor, la reputación o el decoro de alguna persona hecha por medio de comunicación con varias personas juntas o separadas.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Prisión de 6 meses a 1 año y multa de 50 U.T. a 100 U.T.
Primer aparte:	La pena podrá elevarse en una tercera parte de la pena a imponer, incluyendo en ese aumento lo referente a la multa que deba aplicarse, y si con la presencia del ofendido concurre la publicidad, la pena podrá elevarse hasta la mitad.
Segundo aparte:	Será por tiempo de 1 a 2 años de prisión y multa de 200 U.T. a 500 U.T.

1. Doctrina:

La injuria se caracteriza por ofensas al honor, reputación o decoro de una persona. Honor es la estimación debida a un hombre por sus prendas morales, honradez, honestidad, integridad, virtudes, carácter, ingenio. Decoro, lo mismo que la dignidad es menor que el honor que se refiere a las calidades esenciales, y el decoro a las extrínsecas. Por esta razón el decoro se debe medir con todas aquellas gradaciones y matices debido a la especial situación social del sujeto pasivo. "El honor y el decoro no son sentimientos o valores de pura apreciación subjetiva, son bienes de la personalidad moral, que la ley ampara en su existencia objetiva por ser interés del ordenamiento jurídico que los miembros de la sociedad no estén expuestos a irrisión o ludibrio."[117] Hay decoro físico y decoro moral, uno y otros pueden ser injuriados, es injuria hacer resaltar un estado de enfermedad o un defecto físico. Es ofensa contra es decoro físico, escupir, empujar o ensuciar a una persona."

La conducta típica en la injuria se concreta en la ofensa al honor, la reputación o el decoro de alguna persona hecha por medio de comunicación con varias personas juntas o separadas. Por ofensa se entiende la agresión realizada del modo que sea contra un bien jurídico y en el particular contra el bien del honor o reputación o decoro de alguna persona como indica Maggiore, citado por Febres.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de un delito doloso, requiriéndose el: *ánimus iniurandi, por lo que no se admite ánimus corrigendi, criticandi, consulendi, narrandi, defendendi, retorquendi o iocandi.*

Constituyen circunstancias que agravan al delito:

a) Haber cometido el hecho en presencia del ofendido, aunque esté sólo.

b) Haber empleado algún escrito que se le hubiere dirigido al ofendido o habérsele ofendido en un lugar público.

c) Si con la presencia del ofendido concurre la publicidad, la pena podrá elevarse hasta la mitad.

[117] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit.

d) Si el hecho se ha cometido haciendo uso de los siguientes medios; a través un documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad. Contiene a su vez la descripción una norma de carácter procesal en cuanto el medio de prueba en el proceso penal, tal es que en caso de que la difamación se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría, el ejemplar del medio impreso, o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie injuriante.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de injuria. Antes 446, ahora 444.
- Se modificó la penalidad establecida en el encabezado. Antes era de arresto de 3 a 8 días, **o** multa de Bs. 25 a 150. Ahora es de prisión de 6 meses a 1 año **y** multa de 50 U.T. a 100 U.T.
- Se modificó la penalidad del primer aparte. Antes indicaba que podría elevarse a 30 días de prisión **o** multa de Bs. 500 en el primer caso y 45 días de prisión **o** multa de Bs. 600 en el segundo caso. Ahora se indica que podrá elevarse en una tercera parte de la pena a imponer, incluyendo en ese aumento lo referente a la multa que deba aplicarse y en el segundo caso hasta la mitad.
- Se modificó la penalidad del segundo aparte. Antes era de 15 días a 3 meses de prisión **o** multa de Bs. 150 a 1500. Ahora es de 1 a 2 años de prisión y multa de 200 U.T. a 500 U.T.
- El parágrafo único es una novedad.

3. Marco Jurisprudencial:

"No basta probar el elemento material de la ofensa, se necesita probar el elemento intencional. No es concebible que se sufra una lesión que hiera el sentimiento de la dignidad personal cuando falta el elemento material de la ofensa, se necesita probar el elemento "infligir esa lesión". Cuando falta el propósito ofensivo desaparece la posibilidad de la ofensa, no obstante que la palabra o el gesto impreso tenga contenido ofensivo para expresar un pensamiento ultrajante que por tal medio se comunica al ofendido. Cuando las expresiones son equívocas, si no existe la prueba del animus injuriandi, corresponde al Juez deducir que el imputado usó las palabras en el sentido ofensivo, mientras no se pruebe lo contrario, y absolverá si encuentra deficiente el ánimo de injuriar. En los delitos de esta índole no debe confundirse el animus nocendi con el dolo. Si tal fuese, se harían punibles todos los casos en los cuales faltasen el conocimiento y la previsión del descrédito que el hecho pudiera inferir al honor de otro. El dolo consiste en el conocimiento de que el acto ofensivo hiere la reputación de otro, aunque no se proceda con evidente malignidad. En este sentido la punibilidad de la culpa, aún tratándose de imputación de hechos infamantes determinados, no es ostensible, porque, mirado el hecho en su individualidad y en sus relaciones con su autor, cuando tal hecho se comete sin conocimiento de la ofensa que a otro se infiere, no tiene en su materialidad los elementos de la injuria." (Sentencia de 24/04/1951. Corte Federal y de Casación.)

«La injuria es la ofensa genérica y la difamación la ofensa específica. Por tanto, la injuria es el género y la difamación la especie. Ésta exige la imputación de un hecho determinado, es decir, detallar esa ofensa, que si no pasa de genérica quedaríase en injuria. Habría que dar pormenores, habría que matizar esa ofensa genérica con circunstancias de lugar, tiempo, modo, etc. La difamación, como se expresó con antelación, está descrita en el Artículo 444 del Código Penal. El criterio distintivo entre difamación e injuria consiste en que mientras en esta última se atribuye una ofensa genérica, no pormenorizada, en la primera se irroga una ofensa específica, determinada, caracterizada o pormenorizada.» (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Número 240 del 25/02/2000. Ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros.)

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"Injurias. Responsabilidad subjetiva. Agravio al honor.

Ante la demostración de que objetivamente se trata de una injuria, resulta una simpleza inaceptable para enervar los principios de la

resonsabilidad subjetiva alegar que no existía propósito ni intención de dañar el honor ajeno, aspectos que en nuestro ordenamiento procesal deben ser atendidos en la oportunidad prevista para la conciliación y la retractación (artículo 425 del C.P.P.N.)" (Cámara Nacional de Casación Penal. 16/08/96. Número 786).

TÍTULO X
De los Delitos Contra la Propiedad

CAPÍTULO I
Del Hurto

DELITO DE HURTO SIMPLE

Artículo 451

> *"Todo el que se apodere de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, quitándolo, sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba, será penado con prisión de un año a cinco años.*
> *Si el valor de la cosa sustraída no pasare de una unidad tributaria (1 U.T.), la pena será de prisión de tres meses a seis meses.*
> *Se comete también este delito cuando el hecho imputado recaiga sobre cosas que hagan parte de una herencia aún no aceptada, y por el copropietario, el asociado o coheredero, respecto de las cosas comunes o respecto de la herencia indivisa, siempre que el culpable no tuviere la cosa en su poder.*
> *La cuantía del delito se estimará hecha la deducción de la parte que corresponde al culpable."*

Sujeto Activo:	1. Cualquiera.
	2. Cualquiera, siempre que sea una persona distinta de la que posea la cosa de que se trate. Copropietario, asociado o coheredero (que no tuviera la cosa en su poder).
Acción:	1. Apoderarse (quitar la cosa sin el consentimiento del dueño del lugar donde se hallaba).
	2. Apoderamiento.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	1. Cualquiera.
	2. Puede ser cualquiera persona física o jurídica. Copropietario, asociado o coheredero.
Objeto Material:	1. Objeto mueble perteneciente a otro.
	2. Cosas que hagan parte de una herencia aun no aceptada (siempre que el culpable no tuviere la cosa en su poder).

Ref. Lugar:	del lugar donde se hallaba.
Elemento Subjetivo:	Para aprovecharse de él.
Penalidad:	Prisión 1 año a 5 años. Primer aparte: Prisión de 3 a 6 meses.
Atenuante:	1er. Aparte si no pasa de 1 U.T.
Prisión:	3 a 6 meses.

1. Doctrina:

Elementos del tipo de Hurto Simple:

El delito de hurto simple se llamó tradicionalmente *furtum posesesioni* (hurto de posesión), a continuación analizaremos los elementos del tipo indicado, partiendo del tipo objetivo –el bien jurídico, la conducta, el objeto material y las cualidades de los sujetos–; seguidamente, el tipo subjetivo y los modos imperfectos de ejecución; para finalizar con las diversas formas de autoría y participación; de la siguiente forma:

Tipo objetivo: A continuación describiremos, el bien jurídico, la conducta, el objeto material y las cualidades de los sujetos.

El bien jurídico

El Estado tiene por finalidad establecer las condiciones para el desarrollo de las personas en la sociedad que permitan su realización individual y en base a esto el Derecho Penal por medio de la tipificación de conductas pretende evitar aquellos comportamientos que lo afecten y tutela por ende determinados bienes jurídicos.

Autores como Maggiore, Bajo Fernández, Gonzáles Rus y Manzano, Soler (quien señala dicho concepto en su acepción más amplia, distinto del concepto civilista de dominio); sin embargo para Carrara, el bien jurídico es la posesión, entendida desde el punto de vista natural-penal, poder de hecho sobre la cosa, en la exteriorización material de la posesión propiamente dicha, -y no civil- con prescindencia de que ese poder sea la materialización real de un derecho, o si por el contrario se extiende a los casos en que se haya obtenido de un modo ilegítimo (Programa, parág. 2018, 2019, 2105), igualmente para Giurati, citado por Frías Caballero[118], es la posesión, como exteriorización material del derecho de propiedad; en el mismo sentido Muñoz Conde[119], cuando expresa: *el bien jurídico directamente protegido en el hurto no puede ser otro que la posesión, si bien indirectamente resultará generalmente lesionado el derecho de propiedad de alguien, siempre que sea actualizable, y sean en el caso concreto de preferente protección frente a la posesión.*

Consideramos que el bien jurídico tutelado es la acepción propiedad en la acepción genérica amplia que comprende la posesión-tenencia con justo título de la cosa, garantía de rango constitucional, al que hacen mención las disposiciones previstas, en el artículo 2 "*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida…*"; en el artículo 55, cuando expresa "*Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para … sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes*"; así, el artículo 115, expresa que "*Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes…*"

La conducta:

La conducta típica, del delito indicado es apoderarse de un objeto mueble que no le pertenezca, para aprovecharse de el, quitándolo sin el consentimiento del dueño del lugar donde se encontraba; por lo que se trata por lo tanto de un tipo de comisión.

Según Mendoza Troconis[120], "*la acción requiere la* amotio, *remoción de la cosa del lugar donde se hallaba y el apoderamiento. Por lugar se entiende no el sentido topográfico sino el jurídico, pues muy bien puede apoderarse una persona de la cosa ajena sacándola de uno de sus bolsillos.*"

[118] FRÍAS CABALLERO, Jorge. *El Proceso Ejecutivo del Delito*. Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, p. 312.
[119] MUÑOZ CONDE. Ob. cit., p. 318.
[120] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 467.

Para Muñoz Conde[121], la actividad desplegada por el agente requiere normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo, que exige *"una acción material de tomar o apoderarse"*.

Para Ochoa[122], es necesario que se *tome* la cosa ajena, *"que se coja o aprehenda, contra o sin la voluntad de su dueño que es precisamente lo que diferencia este delito de la estafa: si la cosa no se toma de ese modo, sino que recibida buenamente o entregada por su dueño, se apropia luego o distrae sin voluntad de éste, no podría calificarse de hurto tal delito. Así lo decidió la Corte de Casación francesa, por sentencia de 2 de mayo de 1845, declarando que un individuo que se apropió en su provecho ciertos efectos de comercio pertenecientes a otro, que recibiera aquél por el correo a consecuencia de una equivocación cometida en la dirección de la carta de envío, no estaba incurso en las penas del hurto, sino en otras diversas, en virtud de las razones que dejamos expuestas. Y el Tribunal Supremo de España, resolviendo un recurso de casación, en sentencia de 25 de mayo de 1874, calificó también como estafa, y no como hurto, el hecho de haberse apropiado un criado el valor de un billete, que su amo le había entregado con el fin de reducirlo a metálico"*.

Por su parte, Chiossone[123], expresa que este tipo, exige dos acciones, como son: el apoderamiento y la sustracción, *"o sea, incluir la cosa en su patrimonio"* y agrega *"el apoderamiento equivale a la* contrectatio *de la definición romana" y la sustracción, que es el dominio sobre la cosa.... El apoderamiento de la cosa para aprovecharse de ella."* La Sustracción equivale para este autor quitar la cosa del lugar donde se encontraba; *"pues mientras la cosa no salga del radio de acción de quien ejerce el dominio sobre ella, no hay hurto"*. Igualmente, expresa que debe existir el provecho y cita el ejemplo de quien hurta un vehículo para pasear incurre en un delito, porque obtuvo un provecho y se denomina hurto de uso. Y quien hurta algo de valor y luego lo destruye no es delito de hurto, pero si el de daño.

[121] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 317.
[122] OCHOA. Ob. cit., p. 380.
[123] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 472.

Así, Carlos Creus[124], sostiene que el desapoderamiento del tenedor, no basta; y que es necesario el apoderamiento material de la cosa por parte del ejemplo y cita un ejemplo planteado por Mezger: el que se desapodera al tenedor de un pájaro que se encontraba en una jaula, sin tomarlo; no se trata del tipo de hurto; ya que éste exige el desapoderamiento con el apoderamiento, es decir que la cosa pase a disponibilidad material del agente.

Según Barrera Domínguez[125], citado por Grisanti, *"El aprovechamiento buscado debe tener un alcance económico. Provecho y lucro, en efecto, tienen el mismo alcance idiomático, a saber ganancia y utilidad que se saca de una cosa"*; así, Muñoz Conde[126] *"Esta idea constituye el sustrato material de estos delitos"*. No compartimos este criterio, de considerar el provecho tan solo con el animo de lucrarse -*animus lucrandi*- ya que el provecho no tiene que ser necesariamente económico, el caso de una persona que se apodera y sustrae una obra de arte para exhibirla en su casa, y obtener halagos de sus invitados, sigue siendo hurto y obtiene un provecho particular no económico.

En cuanto al discutido punto del hurto de uso, en virtud del cual se utiliza una cosa mueble, sin apoderarse de ella, como por ejemplo apoderarse de unos lentes de sol, mientras está en la playa; que para Soler[127], si hay delito por cuanto *"el dueño de la cosa, no habría podido hacer actos materiales de disposición si hubiese querido hacerlo y que ese impedimento deriva de la acción de apoderamiento del ladrón"*; igualmente para Creus, cuando el tenedor no lo autoriza; no así Muñoz Conde[128], quien considera que *"el simple hurto de uso no es típico y, por lo tanto, todo más puede darse lugar a un ilícito civil"*.

Objeto material

La acción debe recaer sobre bienes muebles que por su naturaleza, pueden cambiar de lugar, por sí mismos o por fuerza exterior; los anima-

[124] CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 414.
[125] BARRERA DOMÍNGUEZ. *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. Mobil Libros, Caracas, 1989, p. 200.
[126] MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit. p. 318.
[127] SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 203.
[128] MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit., p. 319.

les, los derechos, las obligaciones y las acciones que tengan por objeto cosas muebles, las acciones, cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, las rentas vitalicias o perpetuas a cargo del Estado o de los particulares; también, los materiales provenientes de la demolición de un edificio y los reunidos para construir un nuevo; así como los muebles destinados al uso y adorno de las habitaciones, como tapices, camas, sillas, espejos, relojes, mesas, porcelanas y demás objetos semejantes y los inmuebles que puedan ser separados y trasladados a otro lugar, por ejemplo estatuas.

Así mismo, dichos bienes muebles, deben ser ajenos, como cita Febres Cordero[129], *"Este concepto de ajenidad de la cosa significa que no sea propia, ya que sobre la cosa propia no puede haber hurto. Por esta circunstancia, es indispensable que la cosa esté bajo el patrimonio económico de alguna persona distinta del autor del hecho y pueda así ocurrir el apoderamiento necesario para la configuración del delito. No se puede considerar objeto perteneciente a otro el que se encuentra perdido, según debe deducirse de la figura que prevé específicamente el adueñarse de una cosa perdida que se ha encontrado, no ajustándose a las prescripciones de la Ley, en los casos correspondientes (Art. 471, Ord.1°). Tampoco se puede considerar como cosa perteneciente a otro la que es* res nullius, *o sea la que no pertenece a nadie por no haber ingresado al patrimonio económico de persona alguna."*

Para Chiossone[130], el concepto de cosa mueble como objeto material del delito de hurto es de índole objetivo y se refiere a cosas que pueden trasladarse de un lugar a otro.

Se plantean diversos criterios en cuanto a si los líquidos o gases; se incluyen dentro de este concepto; para Soler, Manzini y Fontan Balestra, son bienes muebles; en este sentido Manzini, citado por su parte, por Febres Cordero[131], expresa que el gas tiene carácter de cosa corpórea, puede ser objeto del delito de hurto. *«Los gases -dice a diferencia de la electricidad (que se revela como materia existente sólo por la manifestación de su energía) tienen carácter corpóreo, pues aunque no pueden tocarse pueden ser objeto de apoderamiento, su existencia es percibida inmediatamente y no solamente se deduce sobre la base de sus manifestaciones de su calidad o energía. Algunos gases son visibles; otros pueden reducirse a estados tangibles; otros se perciben mediante el olfato. Podemos separar los del mundo externo y considerarlos una entidad individual, independiente del fenómeno que los produce. Todas las materias gaseosas que están en posesión de una persona son susceptibles de hurto».* Y, parafraseando a Fontán, expresa *"los líquidos y los gases pueden ser objeto del delito. Quien conecta clandestinamente una toma en el caño de gas de su vecino y lo utiliza en su cocina o calefón, comete hurto de gas, y nada tiene esta hipótesis con la de quien introduce modificaciones en el medidor o desvías las cafeterías para que la suma que el aparato indique sea menor que la que corresponde a lo realmente consumido, hechos constitutivos del delito de estafa."*

[129] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 403.
[130] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 472.
[131] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., pp. 401-402.

En cuanto a la energía eléctrica, señala Febres Cordero[132], que *"La doctrina se ha dividido en dos grupos: para uno, el hecho es constitutivo de hurto, ya que la energía eléctrica debe ser equiparada a cosa mueble. Esta equiparación, sin embargo, no se puede establecer en Venezuela, ya que la norma penal que define el delito no lo hace, como sí algunos Códigos extranjeros. El otro grupo, sostiene que no puede haber hurto de energía eléctrica, pues el hurto se refiere al apoderamiento de cosas y la energía no es una cosa que carece de la característica de corporalidad que tampoco tienen el sonido, la luz, el calor. Para Ramos, el apoderamiento de energía eléctrica no es hurto, ni robo, ni defraudación, sino simplemente apoderamiento de energía susceptible de valor económico, que podría constituir un delito especial".*

Por su parte, Soler[133], refiriéndose a este punto, también asienta: *«No se puede perder de vista que la figura que estamos considerando va tan íntimamente vinculada con la idea de cosa material, que la polémica tradicional acerca del momento consumativo nos está confirmando que las cosas que aquí se tratan son aquellas cosas aprehensibles, corpóreas, separables o separadas, transportables por sí mismas, como fuentes, si se*

[132] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., pp. 402-403.
[133] SOLER, SEBASTIÁN. Ob. cit., p. 209.

quiere, de energía. Pero el que del calor producido por otro saca movimiento o electricidad, o el que de la electricidad producida por otro saca calor o movimiento, no se apodera de una cosa mueble ajena; no usurpa la posesión que aquél tiene sobre la cosa».

Dentro de la doctrina patria, Mendoza Troconis[134], expresa que *"el objeto material del ataque debe ser un objeto mueble ajeno, requiere la corporeidad de la cosa, no simplemente su tangibilidad; por eso incluyese el gas y la energía eléctrica"*; para Chiossone[135], en relación a la energía eléctrica el agua, el derecho venezolano no hay todavía una definición legal del carácter mobiliario o inmobiliario de la misma; e igualmente cita el caso de una escultura que está fijada al suelo y tiene carácter de inmueble: pero esta fijación no excluye que sea arrancada, cuando adquiere el carácter de mueble y en cuanto al agua, Grisanti Aveledo[136], indica que la contenida en recipiente puede ser objeto de hurto, no así las de aguas corrientes, en cuyo supuesto, cabe el tipo de usurpación y en relación a la energía eléctrica sostiene que también puede ser hurtada, ya que es bien mueble.

En líneas generales, tenemos que uno de los requisitos del tipo de hurto es que la cosa sea mueble en sentido amplio, por lo que se incluye la energía eléctrica, el agua.

Ahora bien, en cuanto al objeto sobre el que recae la acción, el tipo de hurto simple, distingue dos supuestos, a saber:

a) Bienes muebles ajenos:

De conformidad con lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 451, la cosa objeto del apoderamiento y la sustracción debe ser ajena, es decir perteneciente a otra persona. No hay delito de hurto simple, cuando:

– La cosa es propia: Se apodera el autor de un bien propio -error de tipo-).

– La cosa es entregada, opera el consentimiento del dueño del bien, debe ser voluntario (no bajo coacción, engaño), provenir de una persona

[134] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 465.
[135] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 471.
[136] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 185.

capaz para otorgarlo (no incapaz) y previo al hecho (no posterior, por ser delito de acción publica).

Para Grisanti[137], no pueden ser hurtadas las cosas comunes a todas las personas, como el aire, la atmósfera, la luz de sol. Sin embargo, citando a Maggiore, las cosas comunes en algunos casos pueden ser ajenas y por lo tanto objeto de hurto (el aire recogido comprimido o licuado, el agua marina de un acuario, la nieve, el hielo). Tampoco las cosas que nunca han tenido dueño, ni las abandonadas.

b) Bienes muebles parcialmente comunes:

De conformidad con lo dispuesto en el último aparte del artículo 451, la acción típica recae sobre bienes comunes, sean éstos *"sobre cosas que hagan parte de una herencia aún no aceptada, y por el copropietario, el asociado o coheredero, respecto de las cosas comunes o respecto de la herencia indivisa, siempre que el culpable no tuviere la cosa en su poder"*; es decir sobre cosas comunes, herencia indivisa o cosas que pertenecen a una sociedad; cuando el comunero, heredero o socio se apoderan de ellas.

Se refiere a las cosas que pertenecen a varias personas, es decir la cosa que tiene varios dueños y que no está en posesión del agente.

Como expresa Febres Cordero[138], citando a Quintano Repolles, que el requisito de la ajenidad de la cosa en el delito de hurto, se hace problemático cuando se trata de bienes parcialmente pertenecientes a ambos sujetos, el activo y el pasivo del apoderamiento, como acaece en el supuesto del condominio. La cuestión ha dado lugar desde antiguo a múltiples discusiones y sigue motivando dificultades teóricas y prácticas no siempre resueltas con unanimidad. *"Este hurto sólo lo puede cometer la persona que teniendo la calidad de copropietario, asociado o coheredero, no tenga sin embargo la cosa común en su poder. Si el copropietario, asociado o coheredero, es tenedor de la cosa común, al apropiarse de la misma comete el delito de apropiación indebida, previsto en el artículo 468 del Código Penal, pero no puede cometer el de hurto, por faltar los requisitos propios de este delito, expuestos anteriormente.*

[137] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 194.
[138] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 415.

Los sujetos

En cuanto a los sujetos del delito de Hurto Simple, suele distinguirse entre sujeto activo y sujeto pasivo del mismo.

a) El sujeto activo: Es quien realiza el tipo de Hurto y atendiendo a los supuestos anteriormente indicados, se observa lo siguiente que hay un sujeto activo indiferente y uno especial, como de seguidas brevemente se indica:

a.1) Sujeto activo indiferente, es decir que puede ser cometido por cualquier persona que se apodere del objeto mueble ajeno como en el supuesto previsto en el encabezamiento del artículo 451 del Código Penal; por lo que no exige una condición o cualidad especial.

a.2) Sujeto activo especial, es decir solo lo puede cometer la persona que teniendo la calidad de copropietario, asociado o coheredero, no tiene la cosa común en su poder.

b) Sujeto pasivo: Es el titular del bien jurídico lesionado por el delito de hurto; en este sentido tenemos lo siguiente:

El legislador expresa: Dueño, como indica Chiossone[139], debe ser interpretada no en el sentido de propietario, sino en el de persona que tiene el dominio sobre la cosa. La palabra cosa puede equivaler a poseedor por cualquier título, bien sea legal o precario." Creus[140], por su parte, expresa que el sujeto pasivo es el tenedor de la cosa.

Por nuestra parte, consideramos que el sujeto pasivo no siempre coincide con el sujeto perjudicado, ni con la víctima (la persona sobre la que recae la acción); por ejemplo, en una panadería, trabaja un repartidor para cumplir con los pedidos de los clientes; uno de ellos se traslada a entregar pan, leche y cachitos al cliente B; en el trayecto, se apoderan de dicha mercancía; tenemos que la víctima es el repartidor, el dueño del abasto es el sujeto pasivo y el cliente es el perjudicado.Así, en el delito indicado sujeto pasivo especial es el copropietario, coheredero que detenta los bienes parcialmente comunes.

[139] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 474.
[140] CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 421.

El Tipo Subjetivo:

Es un delito doloso; porque el autor conoce y quiere apoderarse, sustraer y aprovecharse del bien objeto del tipo, sin el consentimiento del dueño o tenedor, exige necesariamente dolo directo –cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el agente, quiere hurtar y lo hace–.

Formas imperfectas de ejecución

Vistos los diferentes elementos que integran el delito de Hurto Simple, corresponde en esta fase del trabajo analizar las diferentes formas imperfectas de su ejecución.

Sobre este particular Frías Caballero[141] expresa que sobre el momento consumativo en el tipo de hurto en el plano histórico se han desarrollado diferentes teorías, como son:

1. Teoría de la *attrectatio:* Según esta teoría, el tipo se consuma con el mero tocamiento de la cosa; posición superada en la actualidad ante las diversas críticas que la consideraron excesiva.

2. Teoría de la *apprehensio rei* (aprehensión de la cosa): Para esta teoría, la simple captación material del objeto consuma el tipo de hurto, va un poco más allá de la anterior postura con la expresión *"tomar con la manos el objeto material"*; sin embargo recibe similares críticas de la anterior y considerada igualmente excesiva.

3. Teoría de la *amotio o remoción,* consistente en mover la cosa: Sustentada por Carrara (la *contrectatio romana, en su punto intermedio* –desestimando su forma más exagerada que exige colocar el objeto *eo loco qui destinatverat–*), quien citado por Frías Caballero[142], expresa *"Para esta teoría el hurto –violación de la posesión– se consuma con el hecho de remover la cosa del lugar donde su poseedor la había colocado: el mover el ladrón la cosa con la mano perfecciona el delito"*; representó la esencia de la *contrectatio* romana y agrega el autor citado *"Pero el acto de mover la cosa separándola del lugar en que se halla (ex quo), puede ser más o*

[141] FRÍAS CABALLERO, JORGE. Ob. cit., p. 307.
[142] FRÍAS CABALLERO, JORGE. Ob. cit., pp. 308-309.

menos extenso: basta según la teoría de la amotio -que lo sea en grado mínimo y aun dentro de la habitación en que se halla; el lugar ad quem carece aquí de importancia.".

4. Teoría de la *ablatio*, o del traslado o transporte de la cosa: Para esta teoría, el hurto se consuma cuando el autor saca la cosa de la esfera de custodia del tenedor –apoderamiento, seguido de desapoderamiento, priva al poseedor del poder que ejercía sobre la cosa– Criticada por Carrara[143], como lo menciona el citado autor- para quien *"el apoderamiento del ladrón implica necesariamente el desapoderamiento del dueño, pero el desapoderamiento no implica el apoderamiento del autor"*, por lo que se exige según este autor sacar la cosa de la esfera del tenedor, bien fuera de la habitación, de las dependencias, de la casa, de las adyacencias, poniendo la cosa a buen recaudo *(illatio), conducido al lugar al cual era destinado -qui destinaverat fur-* o colocando la cosa *eo loco qui destinaverat fur*, o de la llamada *ablatio* completa. Teoría que se ha ampliado a expresiones, que superan el mero sentido espacial y físico, destacando más bien sus aspectos ideológicos, como son: la Esfera de custodia en que se halla la cosa, de vigilancia, de acción o actividad patrimonial, de poder y de disposición. Teoría acogida en nuestro país por Febres Cordero.

5. Teoría de la «*locupletatio*" o del aprovechamiento del objeto por el sujeto activo. Según esta teoría, el tipo de hurto se consuma cuando el autor ha logrado provecho de la cosa, seguida en nuestro país por Chiossone.

De estas teorías se observa que hay dos extremos, la referida a que el mero tocamiento consuma el tipo frente a la que exige el dominio sobre la cosa; por la que se opta por una intermedia que requiere la disponibilidad de la cosa.

Autoría y Participación

La existencia de este delito de Hurto Simple, castiga a la persona que se apoderase de un objeto mueble que no le pertenezca, para aprovecharse de él, quitándolo sin el consentimiento del dueño del lugar donde

[143] CARRARA, Francesco. Ob. cit., p. 310.

se encontraba; por ende puede asumir las diferentes formas de autoría –dominio del hecho–; inclusive, la autoría mediata, en los casos en que un irresponsable criminal haya sido suficientemente manipulado o instrumentalizado por otra con la finalidad de realizar el tipo; así como de participación primaria o secundaria - instigación, cooperación necesaria y no necesaria (complicidad).

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de hurto simple. Antes 453, ahora 451.
- Se modificó la penalidad establecida en el encabezado. Antes era de prisión de 6 meses a 3 años. Ahora es de prisión de 1 a 5 años.
- Se modificó el primer aparte. Antes establecía que si el valor de la cosasustraída no pasare de Bs. 100 y ahora establece 1 U.T. Y la penalidad que antes era de arresto de 1 a 3 meses ahora es de prisión de 3 a 6 meses.
- El segundo aparte no sufrió ningún cambio con la reforma.
- Se suprimieron los hurtos especiales contemplados en los ordinales del 1° al 8° del artículo 453, relacionados con la actividad ganadera, por encontrarse ya regulados en la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera.

3. Marco Jurisprudencial:

Consumación. Apoderamiento. Lesión consumada contra la propiedad:

"El hurto se consuma con el solo apoderamiento o la sustracción o hasta con la remoción instantánea del objeto, lo cual constituye el agotamiento de la acción subjetiva, aunque se haya frustrado el lucro que el ladrón perseguía en relación con la cosa hurtada (...)" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1322 del 24 de octubre de 2000).

DELITO DE HURTO CALIFICADO

Artículo 453

"La pena de prisión para el delito de hurto será de cuatro años a ocho años en los casos siguientes:

1. Si el hecho se ha cometido abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aún temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable.

2. Si para cometer el hecho el culpable se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado.

3. Si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.

4. Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.

5. Si para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida.

6. Si para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída el culpable se ha servido de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente, venciendo para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.

7. Si el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la ley, o por orden de la autoridad.

8. Si el delito de hurto se ha cometido por persona ilícitamente uniformada, usando hábito religioso o de otra manera disfrazada.

9. Si el hecho se ha cometido por tres o más personas reunidas.

10. Si el hecho se ha cometido valiéndose de la condición simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados.

11. Si la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio.

Si el delito estuviere revestido de dos o más de las circunstancias especificadas en los diversos numerales del presente artículo, la pena de prisión será por tiempo de seis años a diez años."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Apoderamiento.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Objeto Material:	a) Objeto (bien mueble) expuesto a la buena fe del culpable. b) Objeto (bien mueble) dejado a la buena fe del culpable.
Ref. Modo:	Abusando de la confianza (que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación aún temporal, entre el ladrón y su víctima).
Elemento Subjetivo:	Aprovechamiento.
Penalidad:	4 a 8 años.

1. Doctrina:

Elementos del tipo de Hurto Calificado

Analizaremos los elementos del tipo indicado, partiendo del tipo objetivo –el bien jurídico, la conducta, el objeto material y las cualidades de los sujetos–; seguidamente, el tipo subjetivo y los modos imperfectos de ejecución; para finalizar con las diversas formas de autoría y participación; de la siguiente forma:

Tipo objetivo: A continuación describiremos, el bien jurídico, la conducta, el objeto material y las cualidades de los sujetos.

El bien jurídico

Como se indicó en el delito anterior –Hurto Simple– el bien jurídico tutelado es la propiedad en la acepción genérica amplia que comprende la posesión-tenencia con justo título de la cosa, garantía de rango constitucional, al que hacen mención las disposiciones previstas, en el artículo 2 "*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida...*"; en los artículos 55, cuando expresa

"Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para … sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes"; así, el artículo 115, expresa que *"Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes…"*

Ahora bien, en el hurto calificado, se aumenta la pena en atención a circunstancias particulares de su comisión, que radican en las relaciones entre víctima y victimario (abuso de confianza); en la dificultad de custodia de los bienes; (hurto calamitoso, realizarlo de noche); en los obstáculos que debe vencer el autor, (hurto con fractura o escalamiento); en la protección de otros bienes jurídicos (cuando pertenecen a la defensa pública); en fin se califica el hecho por el conjunto de una serie de circunstancias objetivas o subjetivas que denotan mayor peligrosidad del agente.

La conducta:

La conducta típica, del delito indicado es apoderarse de un objeto mueble que no le pertenezca, para aprovecharse de él, quitándolo sin el consentimiento del dueño del lugar donde se encontraba, bajo las circunstancias que se indican a continuación:

1. Cuando hecho se ha cometido abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aún temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable.

Supuesto que califica el tipo de hurto atendiendo a las relaciones entre la víctima y el victimario, producto de "*un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación*", en virtud del cual los objetos hurtados estaban expuestos al autor del hecho, situación ésta aprovechada por el autor para apoderarse de las cosas muebles que pertenecen a su patrono o del arrendador.

Para Febres Cordero[144], dicha circunstancia, se origina por la confianza que nace «de un cambio de buenos oficios» cuando ha surgido de

[144] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., T. III, p. 444.

diligencias eficaces que una persona ha practicado en beneficio de otro; de un «arrendamiento de obra». Y agrega que nace como consecuencia de la prestación de servicios que pueden derivar de un contrato de trabajo, escrito verbal o surge de una simple situación de hecho y «de una habitación aún temporal, entre el ladrón y su víctima», o sea, el hecho de vivir juntos en una misma habitación tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo; que es aplicable, no sólo a los casos en que aparece el abuso de confianza por parte de los domésticos o asalariados, que fue la base para plantear las diferencias entre famulato propio y famulato impropio," según fuera la permanencia de los servicios, sino que puede darse también en la hipótesis contraria, o sea, cuando el patrón es quien se apodera de los objetos del doméstico o del asalariado abusando de la confianza que nace del arrendamiento de obra o de la habitación temporal entre ambos. La agravante se explica por la deslealtad del agente a la confianza depositada por el sujeto pasivo y a la mayor dificultad para la defensa de los bienes.

Sobre el tipo indicado, Mendoza Troconis[145], expresa: *"Aquí se toma en cuenta la circunstancia de que el abuso de confianza da mayor facilidad para cometer el delito y también porque disminuye la defensa privada. Antiguamente la primera hipótesis era dominada hurto doméstico, pero para evitar confusiones con el hurto cometido por parientes, se ha denominado* famulato, *de* famulus, *sirviente…. La relación de cohabitación puede ser temporal; la invitación hecha a un amigo a una comida en la casa. Se ha decidido que la visita a un prostíbulo no crea la relación de cohabitante exigida por la disposición."*

En el mismo sentido, Chiossone[146] indica: "*…este abuso de confianza puede nacer de un cambio de buenos oficios, o sea, aquellas situaciones que se presentan entre dos personas en que la una confía en la otra y se hacen, generalmente, recíprocas prestaciones…un arrendamiento de obra… hurto cometido por el servicio doméstico, o sea, los desplazamientos, apoderamientos, sustracciones que hacen las personas que prestan servicio en una casa o en cualquiera otra habitación… arrendamiento de obra, tenemos que referirnos, específicamente, al arrendamiento de*

[145] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 472.

[146] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 478.

servicios.... pueden también cometer el abuso de confianza, cuando ésta nace de una habitación aun temporal entre el ladrón y su víctima. Así tenemos el caso de la habitación que se da, bien en ejercicio del contrato de habitación, que es una limitación del derecho de propiedad, bien el de simple arrendamiento de un local en la misma casa Y el de la habitación temporal o accidental. Algunos piensan que la simple habitación temporal, como el de la persona que va a hacer una visita y hurta, queda comprendida en esta disposición; sin embargo, hay jurisprudencia, sobre todo italiana, que tiene conceptos enteramente contrarios, pues hacen una aplicación sumamente estricta de los términos del legislador, que es el abuso de confianza que nace de una habitación temporal. Esta expresión temporal algunos la han interpretado como habitación accidental o momentánea, como el individuo que va a pasar un rato de esparcimiento en una casa. Algunos autores excluyen completamente esta situación. De manera que este primer caso de calificación se hace en atención a lo que hemos denominado abuso de confianza, que surge de un cambio de buenos oficios de un arrendamiento de obra o de una habitación, aun temporal entre el ladrón y su víctima y sobre las cosas que, en tales circunstancias, quedaban expuestas a la buena fe del culpable."

Según Crisanti Aveledo[147], este es el llamado hurto con abuso de confianza, cuyo fundamento radica en la deslealtad del agente para con su víctima y en las especiales facilidades de que ha gozado el sujeto activo para cometer el hurto y expresa que *Es indispensable, para que proceda esta calificante, que se cumplan un requisito personal y un requisito real. El primero consiste en que el hurto ha de perpetrarse abusando de la confianza que, en las hipótesis previstas en este ordinal, ha depositado el sujeto pasivo en el agente. El segundo radica en que el apoderamiento debe recaer sobre las cosas que, en los casos ya indicados, quedan expuestas o se dejan a la buena fe del sujeto activo.*

En consecuencia, el hurto se califica atendiendo a las particulares relaciones entre el autor y el tenedor de la cosa, en virtud de la cual las mismas son expuestas a la confianza del agente.

[147] CRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 231.

2. Si para cometer el hecho el culpable se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado

Es el denominado hurto calamitoso y la calificante del mismo, radica en las condiciones particulares de falta de custodia de la cosa objeto material del delito, cuando el agente se aprovecha de situaciones de calamidad o desastres, ejemplo hurtos perpetrados en el estado Vargas, durante el deslave de 1999.

Ahora bien, el legislador, no establece qué tipo de "*calamidades, desastres o perturbaciones*", se trata, por lo tanto abarca cualquier infortunio, sean éstos particulares (enfermedad) o públicas (catástrofes naturales); que afecte las defensa o protección de las cosas y por lo tanto faciliten el hurto.

Según Febres Cordero[148], esta forma de hurto, se presenta cuando "*el agente aprovechando las particulares circunstancias en que se encuentran las personas víctimas de algún desastre, calamidad, perturbación pública o de alguna desgracia particular, se dedica a satisfacer la codicia, apoderándose de los objetos ajenos que se encuentran en un estado de indefensión por tales circunstancias. Para la aplicación de la agravante, es necesario que el delincuente ejecute el hecho aprovechándose de las facilidades que le ofrecen el desastre, la calamidad, la perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado. Si los acontecimientos mencionados no han brindado una facilidad para la comisión del delito, no se puede decir que concurre la agravante, pues, entonces, el agente no puede haberse aprovechado de ella, como lo requiere el numeral. La Ley utiliza varios vocablos para indicar las diversas situaciones que puede aprovechar el ladrón para la comisión del delito. Ellos son la de desastre, calamidad, perturbación pública y desgracias particulares del hurtado. El desastre es el suceso infeliz y lamentable, producido por cualquier causa, que afecta o hace sentir sus efectos sobre Un sector o todo un pueblo de una localidad o región (Núñez). El desastre, como lo señala Manzini, significa algo más que la desgracia y se refiere más a las cosas que a las personas. El desastre suele ser la consecuencia de una catástrofe y afecta*

[148] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 448.

un número indeterminado de personas y a grandes intereses. Como bien lo dice Peco, constituyen desastres las grandes desgracias o perturbaciones causadas por incendios, explosiones, inundaciones, naufragios, accidentes ferroviarios, terremotos, derrumbamientos, pestes, sequías, etc. Los términos desastre y calamidad son sinónimos. Perturbación pública es todo desorden, agitación o turbación producidos por una multitud reunida por cualquier causa, como una rebelión, una huelga general, una protesta o explosión de alegría colectiva, etc. Las desgracias particulares del hurto son aquellas circunstancias de orden particular en que se encuentra una persona por causa de un acontecimiento infortunado. Las desgracias particulares de la víctima creando facilidades para la comisión del delito, que son aprovechadas por el agente, necesariamente deben agravar el hecho por existir una disminución de la defensa privada debido al estado en que se encuentra la persona objeto del infortunio. La desgracia particular de la víctima bien puede tener su causa en un hecho voluntario de la misma o provenir de sucesos extraños imprevistos o no."

Según Mendoza Troconis[149]: *"... el culpable, se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado"; y agrega que el fundamento de este supuesto está en que en esos momentos las personas están obligadas a prestar ayuda y asistencia y hacer lo contrario, aprovechándose de tan angustiosas situaciones, merece mayor reprobación, ya que el sujeto activo denota mayor perversidad.*

Para Chiossone[150], quien no comparte la definición como de "Hurto Calamitoso", refiere que es *"el caso de quien para cometer el hurto se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado"* y agrega que *incurren en este delito de hurto calificado quienes hurtan en momentos de consternación por un terremoto, una inundación, un incendio, etc., y también, cuando el culpable se aprovecha de las desgracias personales del hurtado, o sea, cuando la persona víctima del hurto tiene en ese momento una desgracia particular proveniente de enfermedad, como el hecho de ser paralítico que le impida defenderse o estar presa de un desmayo, de una desesperación.*

[149] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 474.
[150] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 478.

Por su parte Grisanti Aveledo[151], expresa que *"esta calificante tiene un fundamento objetivo-subjetivo. Por una parte, la disminución de la defensa privada (razón objetiva), que es el criterio admitido por Carrara; y, por la otra, la temibilidad especial que pone de manifiesto quien se vale del infortunio común o individual para hurtar (razón subjetiva), explican la calificación del delito"* y agrega que en el autor hay el *"ánimo de aprovecharse de la situación objetiva del debilitamiento de la tutela privada de los bienes", aprovechándose de situaciones, como: "A) Un desastre o calamidad. Es decir, una desgracia extraordinaria, un acontecimiento desdichado y grandemente deplorable, determinado por cualquier causa, que afecta a una parte considerable o a toda la población de un lugar o de una región. Ejemplos: terremotos, inundaciones, grandes incendios, etc. B) Una perturbación pública. Se trata, en este caso, de las conmociones causadas por una multitud en estado de confusión o alboroto (motín, asonada, huelga violenta, un triunfo deportivo, etc.). C) Una desgracia particular del hurtado. La causa de este infortunio puede ser física o moral. Puede tratarse de una enfermedad, como la epilepsia, la apoplejía o el infarto. La situación de desdicha particular no debe ser limitada a las enfermedades en estado agudo; comprende, también, los padecimientos crónicos, como la ceguera y los percances de origen no patológico (verbi gratia, la lesión que sufre una persona al ser atropellada por un vehículo, o al rodar por una escalera). Además, existe la calificante, cuando el sujeto pasivo está abrumado por una desgracia de naturaleza afectiva, como la muerte de un hijo. El que hurta en la casa donde tiene lugar un velatorio, incurre en la calificante".*

Así, como indica Soler[152], no opera la calificante en examen si el hurto se comete contra una persona dormida, porque el sueño natural no es una desgracia.

3. Si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.

Consagra esta calificante dos supuestos que atiende al modo y lugar de comisión, es decir aprovechando la nocturnidad o en casa (lugar des-

[151] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., pp. 235-237.
[152] SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 242.

tinado a habitar, desenvolver la vida doméstica, comprende el perímetro -construcción y jardines, en la cual no resida).

Sobre la circunstancia indicada, Febres Cordero[153] expresa que aparecen dos modalidades de esta forma de hurto: La primera se refiere al hecho cometido de noche, siempre que el sujeto activo no viva bajo el mismo techo que el hurtado y la segunda, al hurto perpetrado por persona que sin vivir bajo el mismo techo que el sujeto pasivo lo cometa en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación; de las que indica que *"Al hacerse la separación en el numeral, del delito cometido de noche y del perpetrado en alguna casa o lugar destinado a la habitación, parece como si el fundamento de la agravante lo fuera, por una parte, el aprovechamiento de las condiciones favorables que al delincuente le brinda la oscuridad de la noche para introducirse en la vivienda ajena, y por la otra, la demostración de una mayor audacia al ejecutar el hecho penetrando a las casas o a los lugares destinados para la habitación. La frase «si no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado», así lo hace entender. Por tanto, si el delito se comete de noche, pero el agente vive junto con el hurtado en la misma casa o en el lugar destinado a la habitación, la circunstancia no es procedente, pues en este caso sería aplicable la genérica contenida en el numeral 2 del artículo 77. Si el delito lo comete una persona que viva junto con la víctima en la casa o el lugar destinado a la habitación, debería considerarse, entonces como hurto agravado por el numeral 1 ° del artículo 455 por haberlo cometido abusando de la confianza nacida de la habitación permanente o temporal entre el ladrón y la víctima. Es necesario señalar que, en este caso, no se puede hablar de concurso de hurto con violación de domicilio, ya que para realizar el hurto el agente tiene necesariamente que penetrar en la casa o lugar destinado a la habitación ajena y esta conducta queda subsumida en la norma del hurto agravado. También es de advertir que en la previsión legal no se contemplan las «dependencias» sino la casa. Por casa debe entenderse toda construcción adherida a la tierra. Lugar destinado a la habitación es, además de los edificios, las cuevas, garajes, toldas, zaguanes o ranchos, que sirven de morada o son aprovechados con ese fin".*

[153] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 451.

Al respecto, Mendoza Troconis[154], expresa que la razón de esta calificante, está en que las personas se entregan durante la noche, al reposo, y se aplica a quien se aprovecha de esta circunstancia y hurta al amparo de las tinieblas debe recibir mayor castigo, por la superior protección pública que se da a quienes, a causa del sueño, no puede ejercer la vigilancia de sus bienes, y si a esta razón se une la de que se viola el domicilio de la casa destinada a habitación y corren peligro las personas que la habitan y se superan las defensas privadas, tiene mejor explicación la calificación del hecho.

Por su parte, Chiossone[155], "la nocturnidad en el hurto es elemento del tipo y no circunstancia agravante genérica. Cometer un hurto de noche es ya una circunstancia que lo califica, siempre que el ladrón no viva bajo el mismo techo del hurtado, porque si vive bajo el mismo techo, entonces hay una serie de circunstancias que es necesario aclarar y especificar" y agrega supuestos en los que *"Viene a ser elemento de tipo que el ladrón no viva en la casa, que no viva bajo el mismo techo. En tales casos la nocturnidad es elemento del tipo que califica el hurto, e igualmente lo es el solo hecho de cometerlo en una casa o lugar destinado a la habitación. Basta con que sea un lugar destinado a la habitación, aunque no sea una casa, para que sea calificado, por ejemplo, el hurto cometido en un tugurio, en un rancho, en lugar que no pueda llamarse casa, pero que está destinada a la vivienda."*

En este sentido, Grisanti Aveledo[156], indica que: "La conjunción disyuntiva o que emplea el Código parece indicar que en este ordinal se prevén, alternativamente, dos calificantes: *A)* Cometer el hurto de noche; o *B)* Perpetrarlo en un lugar destinado a la habitación. Pero una interpretación lógico-histórica de esta disposición, nos persuade de que, para que proceda la calificante es menester que el hurto se cometa de noche y en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación. Es necesario que estén satisfechas las *dos condiciones* de aplicabilidad de la calificante, por otra parte, lógicamente, resulta elemental que la calificante se asienta en las dos circunstancias *acumulativas:* nocturnidad y lugar

[154] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 476.
[155] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 480.
[156] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., pp. 238-239.

destinado a la habitación. Si el hurto se comete de noche, pero no en un lugar destinado a la habitación, rige sólo la circunstancia agravante genérica consagrada en el numeral 12 del artículo 77 del C.P. Si, a la inversa, el hurto se perpetra en un lugar destinado a la habitación, mas de día, ha de aplicarse la circunstancia agravante establecida en el numeral 14 del artículo 77, si se cumplen las condiciones señaladas por este numeral. En ambos casos, podrían existir otras calificantes de las previstas en el artículo 455 -reformado- (v. gr., las consagradas en las ordinales 8° y 9°) pero no la que ahora estudiamos "y señala que los fundamentos de esta calificante, apuntan a la violación de la morada, mayor peligro para sus habitantes y disminución de la defensa privada".

En el supuesto de hurto en la casa de habitación y ante la violación de domicilio, procede concurso ideal (unidad de acción y lesión de varias leyes), cuya consecuencia es aplicar la pena más grave, cual es la de hurto (artículo 98 del Código Penal).

4. Si el culpable, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.

Esta calificante se refiere al denominado hurto con fractura y debe cumplir con los siguientes requisitos:

– la existencia de cercados (valla, muro, reja) hecho con materiales sólidos para la protección de las personas o propiedades;

– la destrucción de esos cercados (romper la cerradura, el candado de una puerta, abrir un hueco) y

– que ello tenga por finalidad cometer el delito de hurto (caso contrario otro tipo, por ejemplo: Daños a la propiedad); por ende no hay este tipo, cuando se talan árboles, se rompen arbustos o matan animales que protegen la propiedad o cuando se hurtan el muro (se trata de hurto simple, cuyo objeto material es el cercado, reja).

En este sentido, no procede referirse a esta calificante cuando se trata del hurto de objetos depositados en un vehículo, ya que la puerta de un vehículo no puede considerarse cercado hecho con materiales sólidos.

De acuerdo a Febres[157], este supuesto exige que, el agente, bien para poder cometer el hecho o bien para poder trasladar la cosa hurtada, destruya, rompa, demuela o trastorne los cercados hechos con materias sólidas para la protección de las personas o de las propiedades e indica *"Como la Ley se refiere a los cercados hechos con materias sólidas para la protección de las personas o las propiedades, por tales se entiende toda valla, tapia o muro que se pone alrededor de cualquier sitio, heredad o casa, para su resguardo o división. Valla es todo obstáculo o impedimento material utilizado para la defensa de cualquier sitio o espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera. Por esta circunstancia, la doctrina considera que la destrucción o rotura de una caja fuerte o de cualquier pieza hecha de madera, metal u otra materia sólida, que sirve para meter o guardar en ella una cosa, cuando es con el objeto de apoderarse de lo que contiene, configura el hurto agravado previsto en este numeral"*.

Según Mendoza Troconis[158]: "... *Puede haber rotura interna o rotura externa. La razón de la calificante es la violencia ejercida sobre las cosas, con la cual se superan los resguardos con los que el propietario protege sus cosas; hay, entonces mayor dolo demostrado por el ladrón y debe haber, en consecuencia, mayor protección para el propietario que pone especial cautela en resguardar. La acción consiste en destruir, romper, demoler o trastornar las defensas que deben ser sólidas."*

Para Chiossone[159], es el delito de hurto con violencia a las cosas. *"Este hecho, para algunos, podría confundirse con el delito de robo, en cuanto hay violencia, pero debe distinguirse de él porque en el robo se necesita la presencia de la persona robada, mientras que en el hurto no se necesita la presencia del hurtado. Se dice que para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída se hayan destruido, roto, demolido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos dispuestos para la protección de las personas o propiedades.... «cercados», o sea, lo que sirve para proteger la persona o la propiedad. Se necesita que esos cercados sean de materiales sólidos"*.

---

[157] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 453.

[158] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 475.

[159] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 476.

Así, Grisanti[160], expresa que este *"hurto con fractura es un robo calificado según el C.P. argentino, porque, de acuerdo con este Código, el apoderamiento con fuerza en las cosas constituye robo; y el empleo de una fuerza especial lo califica y cita a autores como son Eusebio Gómez, quien indica el fundamento de la calificante radica en la mayor peligrosidad evidenciada por el que, para llevar a cabo el apoderamiento, supera, por medios violentos, los reparos que sirven para la defensa, no sólo de la propiedad sino, también de las personas; Groizard, que señala que la razón de la calificante reside en el considerable número de derechos lastimados y amenazados por el delito, y en la mayor alarma que produce en el sentimiento público la ineficacia de la defensa privada que el domicilio implica respecto de las cosas en él custodiadas; Núñez, que expresa que el ladrón, para sustraer lo ajeno, no se detiene ni frente al domicilio extraño ni a los obstáculos predispuestos para resguardo de éste y de lo que dentro de él se encuentra y Carrara, que indica que nadie pensará que la calificante de fractura ocurre cuando el ladrón despedaza los muebles que encuentra en la casa, si estos muebles no estaban destinados a custodiar las cosas hurtadas. No hay hurto con fractura cuando el apoderamiento se contrae a la cosa misma que protege otros objetos"*.

En relación a la rotura de vidrios para penetrar en la propiedad, Chiossone[161], expresa: *"Se ha dicho también que hay violencia en la cosa cuando el ladrón rompe una vidriera para apoderarse de las cosas que están protegidas por ella, como joyas, ropas, etc. Hay jurisprudencias contradictorias. Se ha dicho que la aplicación de este artículo a la ruptura de un cristal no entraña este tipo delictivo, porque el cristal no es un material sólido. Ahora bien, la ruptura puede hacerse, bien para cometer el hecho, bien para trasladar la cosa sustraída como cuando, por ejemplo alguien va a hurtar un automóvil de una casa de habitación y rompe la barandas o las puertas. También puede suceder que la ruptura de las cosas no sea en el lugar del delito sino fuera de él. En la misma hipótesis del automóvil, cuando para guardarlo el culpable haya roto en otro sitio cercados con materiales sólidos"*; para Grisanti[162], el vidrio, no se equi-

[160] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 242.

[161] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 476.

[162] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 242.

para a la expresión de cercado; ya que ellos "deben constituir genuinos obstáculos opuestos a la acción de los delincuentes. Los resguardos pueden ser *exteriores o interiores"*.

5. Si para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida.

Este supuesto se refiere al hurto con llave falsa o verdadera (perdida o dejada por el dueño) u otros instrumentos (ganzúa o alambre) utilizado para abrir las cerraduras, venciendo el autor la protección de que el tenedor ha rodeado a la cosa, al ponerla bajo llave.

Según Febres Cordero[163], el fundamento de esta circunstancia radica en que el ladrón supera las defensas establecidas por el propietario de la cosa, utilizando la habilidad o el fraude al abrir las cerraduras, sirviéndose de llaves falsas u otros instrumentos, o valiéndose de la verdadera llave perdida o dejada por el dueño, o quitada a éste, o indebidamente habida o retenida e indica que *"comprende en primer lugar el servirse de llave falsa para abrir las cerraduras. Llave falsa es aquella que no es la destinada por el dueño para abrir la cerradura. Por consiguiente, lo es tanto la llave de otra cerradura, como cualquiera otra que sea expresamente fabricada para la cerradura sobre el molde de la llave verdadera... el empleo de cualquier utensilio y herramienta que sirva para abrir la cerradura es suficiente para considerar el hurto agravado. En consecuencia, basta que se trate de una ganzúa, clavo torcido, gancho u otro objeto que, por las particulares condiciones de la cerradura, al ser empleado con habilidad, haga funcionar el mecanismo interno de la misma. En el numeral se prevé también la hipótesis de que el ladrón se haya valido de la verdadera llave siempre que se le haya perdido al dueño o haya sido dejada por éste, o se la haya quitado o sea indebidamente habida o retenida. La llave perdida o dejada por su dueño es aquella que no se encuentra en su poder por habérsele extraviado u olvidado el sitio donde la había colocado. Llave quitada es la que ha sido furtivamente habida, bien por el ladrón o por un tercero. La sustracción puede haberse efec-*

[163] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 454.

tuado al verdadero propietario o a un tercero que la posea con autorización del mismo. Por llave indebidamente habida se entiende aquella que ha sido entregada por el dueño pero debido a un error. Y por último, llave indebidamente retenida es aquella que siendo verdadera ha sido entregada por el dueño a un tercero para que la guarde, y éste no la devuelve a su debido tiempo y la utiliza para abrir la cerradura. El uso de la llave utilizada para abrir las cerraduras debe hacerse por el autor, bien para cometer el hecho o bien para trasladar la cosas sustraídas".

Para Mendoza Troconis[164]: *"La falsedad de la llave depende de su destinación, porque si no está destinada a abrir las cerraduras por el propietario aparecerá como falsa, p.e., si es fabricada por un tercero para abrir las puertas ajenas. De aquí que la propia llave verdadera puede convertirse en falsa o ser equiparada a llave falsa, al ser utilizada por el ladrón. Y no solamente la verdadera que el propietario perdió sino también la que dejó, por negligencia, olvidada, o la que le fue quitada, u obtenida indebidamente, y aún retenida. La acción consiste en apoderarse de las cosas abriendo una cerradura con esa llave falsa o equiparada a falsa. Si de otra manera se abre la puerta o ventana, no se entiende la circunstancia calificante, y tal sería el caso de remecer la puerta de modo que se afloje el pestillo y dé lugar a la apertura sin tocar la cerradura."*

Por su parte, Chiossone[165], expresa: *"Aquí hay una serie de aspectos que es necesario precisar muy bien, porque es una materia que debe ser bien aprendida. Si para cometer el hecho o trasladar la cosa el culpable ha abierto las cerraduras, o sea, los aditamentos que sirven de protección a las cosas, sirviéndose para ello de llaves falsas, es decir, las llaves que han sido falsificadas o mandadas a hacer al efecto, o también han sido abiertas las cerraduras con instrumentos. Dentro de esta expresión (instrumentos) entran cualesquiera de los que son propios para forzar cerraduras, como las ganzúas Y otros aparatos y hierros que sirven para el mismo fin. Pueden también abrirse las cerraduras con la propia llave verdadera, cuando ésta ha sido perdida por su dueño o dejada por él en un lugar de donde le ha sido tomada o quitada, o indebidamente habida. Dentro de esta expresión es necesario incluir todos aquellos actos ilegítimos*

[164] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 475.
[165] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 476.

para la obtención de la llave. El hurto de la llave no tiene importancia, lo que sí la tiene en ese caso es si fue sustraída la llave a su dueño. Ahora, puede ser también indebidamente retenida."

Según Grisanti Aveledo[166], *"Es preciso que el autor haya abierto la cerradura, es decir, que la llave o la ganzúa haya actuado sobre el mecanismo interno de la cerradura. En otros términos, es necesario que se haga funcionar la cerradura. Si el agente rompe la cerradura, hay hurto con fractura."* Y agrega diversos supuestos de perpetración por medio de llave:

Llave falsa es la que no está destinada por el dueño a abrir la cerradura. «La cualidad de falso en el instrumento que sirvió para abrir una cerradura, se deduce de la falta de destino por parte del propietario». "Llave verdadera es la destinada a abrir la cerradura, legítimamente. Para que opere la calificante, en este caso, es menester que la llave verdadera haya sido perdida o dejada por su dueño, o quitada a éste, indebidamente habida o retenida.

Llave perdida o dejada es la que ha salido del ámbito de tenencia de quien puede usarla legítimamente, que la ha traspapelado o no puede recordar dónde la ha puesto.

No es llave dejada la colocada en la cerradura, que el agente se limita a hacer jugar. Aquí no existe pérdida, sino grave negligencia, tal como si se hubiera olvidado cerrar la puerta. Se discute, en cambio, el caso de la llave puesta en un lugar determinado para que pueda ser empleada por varias personas. Hay que distinguir dos hipótesis: Si la llave ha sido puesta a la vista, por ejemplo, colgada en un clavo al lado de la puerta, está al alcance de todos y, por tanto, no opera la calificante. Por el contrario, ésta sí procede cuando la llave ha sido escondida en un lugar convenido por los usuarios, aunque sean sencillo encontrarla (por ejemplo, debajo de una alfombra), porque de ese modo se revela la voluntad de que la llave no sea utilizada por cualquiera, sino únicamente por aquellas personas que tienen derecho a usarla.

Quitada es la llave de la cual el agente se ha apoderado ilegítimamente...

[166] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., pp. 246-247.

Llave indebidamente habida es la recibida en virtud de un error espontáneo de su legítimo tenedor, error conocido y aprovechado por el sujeto activo. Llave indebidamente retenida es la que ha sido entregada por el tenedor con un fin distinto o con el mismo de ser utilizada para abrir un lugar en determinada oportunidad, que el autor usa habiendo cesado la autorización o excediendo los límites de ésta. Por ejemplo, una persona entrega la llave de su casa de campo a un amigo, para que pase en ella una temporada; este no la devuelve oportunamente, Y luego la usa para hurtar."

Por su parte, José Enrique Valencia[167], *señala que llave sustraída es "la llave genuina mal habida y aún la tenida como duplicado o llave de repuesto por su propietario, en vaso de extravío, la auténtica, que el ladrón ha tomado furtivamente, invito domine, por quien tiene derecho para usarla legítimamente o de la persona encargada de su guardia o custodia de quien la conserva a su nombre" y agrega que este supuesto "exige un acto previo de desposesión", por medio de violencia, engaño, retención etc. y señala que no es llave sustraída la entregada al ladrón por el dominio con base a una relación de confianza y puesta a su disposición de manera expresa o tácita con un fin preordenado y distinto del apoderamiento y que el sujeto retiene indebidamente para un uso no permitido, habiendo cesado la autorización o excediendo sus límites. Y menos lo es la que negligentemente se deja en lugar visible a la vista y al alcance de todos o recogida en su propia cerradura o la llave olvidada"* –y agrega– que en *cuanto a la llave falsa, señala que los romanos la llamaban furen incinariis, "desde su fabricación no corresponde a una cerradura y que intencionalmente se elabora por extraños o por el propio interesado sobre el molde de una llave auténtica, destinada a abrir cerraduras sin el consentimiento ni autorización del titular o usuario legítimo."*

6. Si para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída el culpable se ha servido de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente vencido para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.

[167] VALENCIA, José Enrique. *Hurto Calificado. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* Volumen II. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 738.

Esta calificante, se ha denominado el hurto con escalamiento, en virtud del cual el agente penetra por un camino distinto al destinado ordinariamente, puede ser por una ventana abierta, por un agujero preexistente (si no es el supuesto anterior) en el edificio, casa, construcción o recinto, que puede estar cerrado en el momento de la comisión y es necesario que el agente haya vencido obstáculos y cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal.

Según José Enrique Valencia[168], este concepto antiguamente se verificaba con "ascendiendo o descendiendo muros, puertas, techos o ventanas, mediante aposición de escaleras o cualquier otro medio, valiéndose el ladrón de recursos artificiales o de su propia agilidad personal" y agrega que en la actualidad el concepto normativo de escalamiento, alude a "la entrada o penetración para llegar al despacio elegido, venciendo la defensa preconstituida natural o artificial que garantiza la custodia de la cosa… resultando del todo indiferente los recursos utilizados para salir o evacuar el lugar, una vez efectuada la apropiación" y sostiene "… dentro de esta modalidad ejecutiva de hurto, que la superación del espacio que por su especial naturaleza asegura la cosa, constituya un verdadero acto de escalamiento. Tal acción supone el vencimiento de una pared, tapia, muro o cerco o cualquier otro escollo cuya presencia exteriorice la voluntad del dueño por reforzar la defensa privada puesto que de otra forma no se explicaría el título de esta calificante."

Así, Febres Cordero[169], expresa que para la configuración de esta circunstancia no es suficiente el hecho de que, el culpable, bien para cometer el delito o bien para trasladar la cosa sustraída se sirva de una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente, y tales, las rejas, las ventanas, los balcones, las terrazas, los tejados, las claraboyas, las alcantarillas, etc. Es necesario, además, que haya vencido, para penetrar en la casa o recinto, o para salir de ellos, los obstáculos o cercas tales que no podrían salvarse sino a favor de medios artificiales o a fuerza de agilidad personal. Los obstáculos superados deben ser, por tanto, de aquellos que representan una defensa real de la casa o su recinto. No se podrían

[168] VALENCIA, José Enrique. Ob. cit., p. 738.
[169] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 456.

considerar como tales, los que sólo sirven para delimitar o adornar la propiedad, como lo sería una verja del jardín, ya que éstos no requieren para salvarlos ni la utilización de medios artificiales ni de la fuerza o agilidad personal."

En este sentido, Mendoza Troconis[170], expresa que *"Los franceses usaron la palabra* escalade *para designar esta circunstancia; los italianos usaron* insalizione, *que significa ascensión, y hace notar Carrara que la influencia gálica ha hecho que muchos prefieran el término francés, que da idea de escalera, cosa que no se contempla en la calificante sino la idea de ascensión.* Manzini le denomina 'furto mediante ingreso artificioso'. Y parafraseando a Pisano indica que deben existir cuatro requisitos: *1°) que el cerco presente cierta altura, 2°) que debe ser continuo; 3°) que debe haberse introducido por ascensión; 4°) que el propietario no debe haber contribuido a que el ladrón utilizara ese medio."*

Según Chiossone[171]: *"Este caso es de escalamiento, cuando para entrar en la casa se usa una vía que no es la ordinariamente destinada al pasaje de la gente, o sea, que no entra por las puertas o vías naturales sino que se escala o se entra por una ventana. El hecho es que no se ha entrado por la vía ordinaria o que haya habido necesidad de vencer obstáculos y cercas tales que no podrían vencerse sino a fuerza de agilidad personal o de destreza. Esto sería el caso del individuo que escala una pared empleando su habilidad personal, utilizando sólo los salientes de la pared o penetrando en una casa valiéndose de su habilidad, saltando de un piso a otro, exponiendo aun su propia vida; esto sería lo que el legislador toma en cuenta para calificar el hurto, o sea, la manera de penetrar en la casa."*

Así, Grisanti[172], expresa que califica este tipo de hurto el hecho por parte del "agente vence la defensa privada de la propiedad, por un medio artificial o empleando su agilidad. El ladrón demuestra una especial temibilidad; por eso, el hurto despierta mayor alarma pública." Y agrega que *"El escalamiento, desde el punto de vista jurídico no entraña necesariamente, la idea de ascenso. Se requiere sólo el uso de una vía*

[170] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 476.
[171] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 477.
[172] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., pp. 248-249.

distinta a la destinada ordinariamente a entrar y salir de una casa, en las condiciones señaladas por el ordinal en estudio. El escalamiento puede ser externo o interno. Y citando a Garraud, expresa que la ley protege al que se protege a sí mismo, de manera que el juez debe considerar las cosas no ya desde el punto de vista de la intención protectora del propietario, sino de la diligencia puesta en el sentido de esa protección. Si una casa está cercada con un muro de dos o tres metros de altura; pero en uno de los frentes el propietario, por descuido, ha dejado abierta una ventana-balcón, de esas tan comunes, que abren a menos de un metro del suelo; no podrá decirse que es escalamiento la acción de penetrar por ese balcón, porque la acción misma de dejarlo abierto importa renunciar a la continuidad del cercamiento mínimo impuesto por la tapia; es casi lo mismo que dejar abierta la puerta, desde el punto de vista de la seguridad."

7. Si el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la Ley, o por orden de la autoridad.

Este tipo atenta además de la propiedad con la administración de justicia (artículo 229) y se caracteriza porque el apoderamiento y sustracción de los bienes muebles, se hace por medio de la ruptura de sellos colocados por funcionarios públicos en cumplimiento de ley u orden de la autoridad; por ejemplo en el caso de bienes muebles sometidos a medida restrictiva o de aquellos que son inventariados o clasificados para garantizar su inalterabilidad.

Sobre la circunstancia indicada, Febres Cordero[173], expresa: *"La violación de ciertos sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la Ley o por orden de autoridad, es lo que determina que el hurto cometido se considere agravado. Se viola un sello cuando se destruye, se rompe, se altera, se hace desaparecer la leyenda y en general, cuando se utiliza cualquier medio apto para frustrar la voluntad del Estado que representa el símbolo destinado a la conservación o identificación de la cosa. La violación del sello configura la circunstancia agravante del hurto, cuando el sello ha sido puesto por algún funcionario público en virtud de la Ley, o por orden de la autoridad. Tal, sería por ejemplo, el caso de un hurto perpetrado en los almacenes, escritorios, arcas, mercancías o de-*

[173] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 459.

más pertenencias del fallido en caso de quiebra, sellados por el Juez de Comercio o por otro a quién éste comisione, conforme a lo previsto por el artículo 932 del Código de Comercio. También, cuando los sellos han sido puestos por orden de la autoridad como en los casos de embargo, secuestros, o en los de inventarios de las cosas dejadas por una persona que ha muerto y el Tribunal asegura dichos objetos".

Según Mendoza[174], el medio de comisión es la violación de los sellos, rompiéndolos, despegándolos, cortándolos, etc. y que los sellos pueden ser puestos por disposición de la autoridad como en los casos de embargos, secuestros, etc., o en los inventarios de las cosas dejadas por una persona que ha muerto y el tribunal asegura dichas cosas; o por disposición de la ley.

Por su parte, Chiossone[175] *"Aquí tenemos el caso de la violación de sellos, que se imponen o colocan en virtud de la ley o por orden de la autoridad para identificar determinadas cosas. En este caso están los sellos puestos por la autoridad judicial. Esta identifica, en casos de embargo, de quiebra y en otros similares, por medio de ellos, o sea, un papel sellado y rubricado que se coloca en las cerraduras de las puertas, cajas de hierro, archivadores, etc. Este sello se pone por ministerio de la ley o por orden de la autoridad y siempre con el propósito de asegurar la identificación e integridad de esa cosa en un momento dado".*

Así, Grisanti Aveledo[176], expresa que el *fundamento* de esta calificante radica en la duplicidad de la lesión jurídica: el delito ofende la propiedad y la Administración Pública. Los sellos han de ser puestos por el funcionario competente, en virtud de la Ley, por orden de la autoridad. Por ejemplo, en los casos de embargos, secuestros, etc., o en los casos de inventario de las cosas que forman parte de una herencia".

8. Si el delito de hurto se ha cometido por persona ilícitamente uniformada, usando hábito religioso o de otra manera disfrazada.

Esta calificante dista de las anteriores en el sentido de que aquí, el autor para perpetrar el apoderamiento y sustracción de los bienes mue-

[174] MENDOZA. Ob. cit., p. 480.
[175] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 483.
[176] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 251.

bles, utiliza disfraz (vestidos máscara); uniforme ilegítimo y hábito religioso que no le corresponde (cura, rabino, etc). En definitiva, el propósito de este tipo es ocultar su verdadera identidad para facilitarse la comisión del tipo.

De acuerdo a lo señalado por Febres Cordero[177], la circunstancia de que el ladrón cometa el hecho estando ilícitamente uniformado, use hábito religioso o de cualquier otra manera esté disfrazada. Es indiferente que la persona disfrazada haya sido o no reconocida *por* el sujeto pasivo o *por* otros, pues la Ley no hace ninguna referencia al efecto del disfraz, ni en este aspecto ni en el de la potencialidad intimidatorio que pueda producir en la víctima del delito".

Según Mendoza[178], este hecho tiene "articular insidia es la del hurto así cometido por que el ladrón se asegura de no ser conocido y obra con mayor seguridad y audacia. Se supone por algunos autores que el ladrón debe enfrentarse al hurtado, pero puede esto no suceder. Algunos ladrones, en Venezuela, se disfrazan de *sayonas* o de *muertos* o de *mujeres* para obstaculizar su reconocimiento y otros, de *sobadores*. La acción debe cometerse en el momento en que se encuentre disfrazado el autor, no importa que haya premeditado la entrada con disfraz o el acto en esa forma, puede aprovecharse de una fiesta de carnaval, de un baile de disfraces para robar."

Por su parte, Chiossone[179] hace análisis de los aspectos que consagran la reforma en los siguientes términos: *"Este aparte, en un principio, sólo se refirió a la persona disfrazada, o sea, a la persona que usa un disfraz para cambiar de identidad. Se le agregó la expresión ilegítimamente uniformada, es decir, que no obstante no poder portar un uniforme, bien de la policía o militar de cualquier entidad, sin embargo lo usa con el propósito de cambiar su identidad. También puede ocultarla usando hábito religioso. Estas disposiciones se agregaron en la reforma de 1964 para evitar la discusión sobre si la persona que portaba un uniforme o el hábito religioso estaba disfrazada o no. El legislador resolvió establecer la*

[177] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 79.
[178] MENDOZA. Ob. cit., p. 257.
[179] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 483.

mención de manera categórica usando la expresión:»Por persona ilegalmente uniformada, usando hábito religioso o de otra manera disfrazada».

Así, Grisanti Aveledo[180], indica que la calificante se explica porque la persona disfrazada espera no ser reconocida por su víctima y, por ello, confía en quedar impune. "Esa confianza determina que actúe con mayo decisión y audacia. Es mayor la peligrosidad del ladrón, y notable la alarma pública.... Existe *disfraz* cuando hay transformación de vestidos o de la presencia o la cara; por ejemplo, con máscaras o con el empleo de tinturas" y citando a Maggiore, expresa que disfraz es toda alteración del aspecto exterior que dificulte el reconocimiento (máscaras, caracterizaciones, desfiguramiento, etc.) y agrega "*Uniforme es el vestido peculiar y distintivo que por establecimiento o concesión usan los militares Y otros empleados o los individuos que pertenecen a un mismo cuerpo o colegio. Es obvio que el Código se refiere al uniforme militar; pero cualquier uniforme, usado como disfraz para hurtar, queda incluido en la calificante...*".

9. Si el hecho se ha cometido por tres o más personas reunidas.

Este tipo de hurto calificado, se fundamenta en el apoderamiento y sustracción de una cosa mueble perpetrada por coautores (tres o más personas), con dominio del hecho y previa designación de cada una de las funciones a emprender en dicha actividad delictiva.

Dicha circunstancia, como expresa Febres Cordero[181], supone que las personas estén reunidas en el momento de la consumación del delito. Se requiere de la cooperación material; que le da una mayor potencialidad a la acción delictiva y un debilitamiento de la fuerza defensiva.

Según Mendoza[182], este tipo se caracteriza, porque "*La reunión de personas facilita la comisión del delito, atemoriza a la víctima, da mayor eficacia a la acción*" y parafraseando a Manzini, 'da mayor potencialidad delictuosa y una consecuencial menor potencialidad defensiva'; y agrega, que "*No se exige que los sujetos usen armas, ni ejecuten violencia,*

[180] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 255.
[181] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 460.
[182] MENDOZA. Ob. cit., p. 481.

porque el hurto se transformaría en el tipo robo. El número de los sujetos activos no puede ser menor de tres; y debe existir entre ellos concierto para hurtar aunque sea instantáneo, esto es, convenido en el momento en que se va a ejecutar el hurto. Lo corriente, en estos casos, es la preparación previa o la empresa criminal."

Por su parte, Chiossone[183], expresa que "*Hay una acción colectiva que forma parte del tipo del hurto y lo califica, sea cual fuere la condición que tengan esas personas, bien sean autores, coautores, encubridores, etc. Basta con que en realidad se cometa por la acción de tres o más personas*".

Así, Grisanti[184], indica: "El *fundamento* de esta calificante reside en la mayor potencialidad delictiva y, por consiguiente, en la menor potencialidad defensiva, que entraña el hurto en examen. «Es un hecho que el hurto cometido por varias personas excita, por esta sola causa, mayor espanto». Los ladrones obran con notable audacia, se apoyan entre sí, y merman la capacidad defensiva de la víctima, que no pueden resistir eficazmente, ni oponerse con éxito a los designios criminales de los agentes"; y, parafraseando a Maggiore, indica que no se requiere *concierto previo;* basta el acuerdo que puede efectuarse incluso en el lugar del delito, pero siempre durante el proceso criminoso o antes de él; nunca después."

10. Si el hecho se ha cometido valiéndose de la condición simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados

El fundamento de esta calificante radica en que el apoderamiento y sustracción de las cosas muebles se hacen utilizando la cualidad falsa de funcionario público o bien con el empleo de documentos falsificados, con lo que el legislador tutela tipos referidos a la administración publica y a la identidad personal; con lo cual el autor pretende infundir respeto o simular su verdadera identidad para asegurar la comisión del delito; lo que dista del supuesto dispuesto en el numeral 8; ya que como se indicó en aquel el medio utilizado es la utilización ilícita de uniforme y en éste en el empleo de cualidad de funcionario público.

[183] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 476.
[184] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 255.

Como expresa Febres Cordero[185], *simular* es fingir, dar apariencia. Se finge la condición de funcionario público cuando se hace creer a otro que se es funcionario sin serio. La simulación debe operar únicamente para facilitar la comisión del hurto y debe referirse a la condición de funcionario público, o sea, de aquellas personas que ejercen alguna función pública, referidas en el artículo 234."

Según Mendoza[186], parafraseando a Manzini el fundamento a esta calificación del hurto es "la lesión al interés que tiene la administración pública de que nadie usurpe la cualidad de funcionario público, mucho menos para hurtar. En nuestro derecho penal esa usurpación simple constituye un delito contra la cosa pública (Art. 214) lo mismo que el uso indebido de insignias de un cargo público (Art. 215). También se castiga la extorsión del que simula órdenes de la autoridad con ese propósito (Art. 461)" y agrega, que "*el medio de comisión consiste en el empleo de una simulación de cualidad de funcionario público para cometer el hurto. Este medio, según los autores, puede no aparecer necesario en un caso concreto, pero existe el hurto calificado si se ha usado objetivamente y subjetivamente para llevarlo a cabo.*"

En el mismo sentido, Chiossone[187], expresa que esta calificante se presenta, "*cuando una persona se presenta aduciendo su calidad de funcionario público. Sabemos que a los efectos de la ley penal, es funcionario público el agente de la fuerza pública. La persona que se presenta diciendo que es agente policial utilizando documentos de identidad falsificados con el propósito de cometer un hurto, incurre en el delito calificado. En Venezuela hay un documento oficial de identificación que es la Cédula de Identidad personal, pero también pueden existir otros documentos de identificación específicos, que vengan al caso, como el documento de identificación de un funcionario de Sanidad, o de identificación de un simple cobrador de la compañía de la electricidad, o de otras instituciones o servicios*".

Por su parte, Grisanti Aveledo[188], indica que "El *fundamento* de esta calificante reside en la lesión irrogada a la credibilidad que han de merecer los funcionarios públicos y los documentos de identidad, para el normal desarrollo de la vida colectiva. La simulación de autoridad es, en este caso, un medio que facilita el apoderamiento de la cosa mueble, objeto material del delito. Si la simulación de autoridad tiene por finalidad constreñir a alguno a enviar, depositar o poner a disposición del culpable, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan efecto jurídico, hay extorsión (artículo 461 del C.P.). Cuando la simulación de autoridad se emplea para engañar e inducir en error al sujeto pasivo, quien entrega la cosa al agente, hay estafa agravada (artículo 464, aparte primero, ordinal segundo).

[185] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit., p. 464.
[186] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 482.
[187] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 476.
[188] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 476.

11. Si la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio.

Esta calificante a diferencia de las anteriores, se dirige al objeto material sobre la cual recae la acción del agente, referido a las cosas que tienen un fin de utilidad pública, prevención de daños colectivos, como es el caso de señales de bases de puentes, elevados, barandas de barandas peatonales.

Según Mendoza[189], "*Se da por fundamento de esta sub-especie calificada del hurto, la necesidad de una protección más enérgica a los intereses concernientes a la seguridad pública interna y a la defensa nacional, que el legislador ha tomado en cuenta, asimismo, en otras disposiciones, como en las de los Arts. 349 sobre roturas de diques, esclusas u otras obras destinadas a la defensa común de las aguas o a la reparación de algún desastre común; las similares de los Arts. 352, 358, 359, 475, ordinal 4°, 521 y 522. El legislador en lugar de usar para la acción el término de apoderarse de la cosa, que es la noción de la actividad en el hurto genérico, dice cosa sustraída, y los intérpretes explican que al cambiar la locución entiende e legislador comprender no solamente aquellas cosas de las cuales el hurtador se ha apoderado definitivamente sino también de aquellas que toma para lograr el apoderamiento de las primeras. El objeto material es el destinado a la defensa o al alivio de infortunios. No quedan comprendidas en la protección de este hurto calificado otras cosas que expresamente no se hayan destinado a esos particulares usos, que son*

[189] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 482.

para función preventiva (defensa) o reparativa (alivio de infortunios), de pocas o de muchas personas accidental o permanente, inmediatamente o mediatamente. La notoriedad de la destinación es cuestión de hecho, pero el hurtador debe conocerlo".

Así, Chiossone[190], indica que hay "dos situaciones: *cosas destinadas a la defensa pública, y cosas destinadas a la reparación de un infortunio.* El concepto de defensa pública es sumamente amplio. No es posible determinar los casos en que las cosas son destinadas a la defensa pública. No solamente las armas son útiles para la defensa pública. Hay gran cantidad de objetos que pueden serlo. Podría ser el que hurte objetos destinados a la defensa contra incendios o cualquiera de tantos objetos que podrían ser destinados a la defensa pública. No solamente las armas, sino todos aquellos objetos destinados a la reparación de algún infortunio. Se pueden incluir todas aquellas cosas que en algunas oportunidades se almacenan para aliviar los infortunios públicos, por ejemplo: cuando hay desastres, como inundaciones, terremotos, incendios, etc., en donde se recogen alimentos, medicinas, ropas, etc.; el hurto de estas cosas es calificado de acuerdo a esta disposición".

Por su parte, Grisanti Aveledo[191], expresa que con esta calificante se protege enérgicamente la seguridad pública y se tiene en cuenta la especial temibilidad de la persona que sustrae las cosas que están destinadas a reparar o aliviar algún infortunio *(verbi gratia,* las cosas que se recogen para auxiliar a los damnificados por un terremoto, inundación, etc.)" y agrega *"Cosas destinadas a la defensa pública* son aquellas con las que se provee a la protección de algún interés relativo a la incolumidad pública a la seguridad común (como armas, municiones, instrumentos para amarrar y atracar las naves, los parapetos de los embarcaderos, las bombas destinadas a extinguir incendios, las señales de peligro o de alarma, los aparatos de iluminación, de desinfección, etc.)" y parafraseando a Maggiore, quien cita a Ranieri que «son de defensa pública las cosas que están destinadas a proteger la incolumidad pública, como las señales luminosas, que, sin (sic) son suprimidas, ocultan un peligro».

[190] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 484.

[191] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 255.

– Concurso de calificante:

Si el delito estuviere revestido de dos o más de las circunstancias especificadas en los diversos supuestos anteriormente indicados, la pena de prisión será por tiempo de seis a diez años. En virtud de lo cual, en el caso de que surjan en el caso dos o más de las circunstancias indicadas anteriormente, por ejemplo perpetrar el hecho tres o más personas, con cédula de identidad falsa, sobre bienes destinados a la protección pública y por medio de llave falsa.

Objeto material:

La acción, tal como se indicó en el aparte anterior debe recaer sobre bienes muebles ajenos; sin embargo aquí varían circunstancia atendiendo a la función de las cosas, cuya consecuencias es el aumento de la pena, como son cuando éstas se encuentren en una casa (que se entiende como el lugar de reposo de las personas) o sobre aquellas que sean de las destinadas a la defensa pública o de prevención de posibles desastres.

Los sujetos

En cuanto a los sujetos del delito de Hurto Calificado, suele distinguirse entre sujeto activo y sujeto pasivo del mismo.

a) El sujeto activo: Quien realiza el tipo de Hurto Calificado y suele distinguirse entre sujeto activo indiferente y especial

   a.1) Sujeto activo indiferente, es decir aquel que puede ser cometido por cualquier persona que se apodere del objeto mueble ajeno, como lo indican las circunstancias que de seguidas se indican:

   - Hurto calamitoso, cuando para cometer el hecho el culpable se ha aprovechado de las facilidades que le ofrecían algún desastre, calamidad, perturbación pública o las desgracias particulares del hurtado.
   - Hurto Nocturno o en vivienda ajena: cuando no viviendo bajo el mismo techo que el hurtado, el culpable ha cometido el delito de noche o en alguna casa u otro lugar destinado a la habitación.
   - Hurto con fractura, cuando el culpable, para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída, ha destruido, roto, de-

molido o trastornado los cercados hechos con materiales sólidos para la protección de las personas o de las propiedades, aunque el quebrantamiento o ruptura no se hubiere efectuado en el lugar del delito.

- Hurto por medio de instrumento, llave falsa o perdida; cuando para cometer el hecho o trasladar la cosa sustraída, el culpable ha abierto las cerraduras, sirviéndose para ello de llaves falsas o verdaderas (que encontró perdidas, dejadas por el dueño o se las quitó a éste) u otros instrumentos.
- Hurto por escalamiento, cuando para cometer el hecho o para trasladar la cosa sustraída, el agente utilizó una vía distinta de la destinada ordinariamente al pasaje de la gente vencido para penetrar en la casa o su recinto, o para salir de ellos, obstáculos y cercas por medios artificiales o su agilidad personal.
- Hurto por medio de violación de sellos; cuando el hecho se ha cometido violando los sellos puestos por algún funcionario público en virtud de la Ley, o por orden de la autoridad.
- Hurto cometido por medio de disfraz; cuando se ha cometido por persona ilícitamente uniformada, usando hábito religioso o de otra manera disfrazada.
- Hurto cometido por tres o más personas reunidas.
- Hurto utilizando calidad simulada de funcionarios públicos, o utilizando documentos de identidad falsificados.
- Hurto cometido sobre cosas destinadas a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio.

Circunstancias éstas en las que no exige una condición o cualidad especial, ya que pueden ser perpetrados por cualquier persona.

a.2) Sujeto activo especial, es decir solo lo puede cometer determinadas personas, como es la referida a la circunstancia dispuesta en el numeral 1° del artículo 455, referida a cuando se perpetre el hecho abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aun temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable. Por consiguiente se exige que el sujeto activo sea el empleado, arrendatario de un inmueble, obra etc.

b) Sujeto pasivo: Se distinguen los siguientes supuestos:

b.1) Sujeto pasivo indiferente: Es decir cualquier persona tenedora del bien mueble en las circunstancias indicadas anteriormente.

b.2) Sujeto pasivo especial, se indican los siguientes casos:

- Cuando *"el hecho se ha cometido abusando de la confianza que nace de un cambio de buenos oficios, de un arrendamiento de obra o de una habitación, aun temporal, entre el ladrón y su víctima, y si el hecho ha tenido por objeto las cosas que bajo tales condiciones quedaban expuestas o se dejaban a la buena fe del culpable."*; en cuyo caso el sujeto pasivo además de ser el tenedor de la cosa, es el patrono o arrendador del sujeto activo.
- Cuando *"la cosa sustraída es de las destinadas notoriamente a la defensa pública o a la pública reparación o alivio de algún infortunio"*; en cuyo caso es la sociedad como colectivo.

El Tipo Subjetivo

Es un tipo doloso, el agente conoce y quiere apoderarse y sustraer los bienes muebles empleando las circunstancias indicadas en el tipo, bien aprovechándose de las facilidades que le brindan un desastre o calamidad, una perturbación del orden público o una desgracia particular del sujeto pasivo; circunstancias que como se indicó deben ser conocidas –la facilidad que se deriva del suceso desgraciado y que tal ocasión lo haya decidido a hurtar; si aprovecha una oportunidad favorable para hurtar, sin conocer el origen calamitoso de ésta, no procede la calificante–; o bien que conozca que utiliza para hurtar una llave falsa y no verdadera entregada por el propietario –caso contra error de tipo–; igualmente conoce que escala para hurtar, no para curiosear lo que hacen los vecinos.

Formas imperfectas de ejecución

En relación con ello, valen las observaciones indicadas en su oportunidad en cuanto al tipo de hurto simple.

Autoría y Participación

La existencia de este delito de Hurto Calificado, castiga a la persona que se apodere y sustraiga un bien que no le pertenece en las circunstancias anteriormente indicadas; por ende puede asumir las diferentes formas de autoría (coautoría necesaria como configuración del tipo en el supuesto indicado en el numeral 9° –*"se ha cometido por tres o más personas"*–) y participación primaria o secundaria; inclusive, la autoría mediata, en los casos en que un irresponsable criminal haya sido suficientemente manipulado o instrumentalizado por otra con la finalidad de realizar el tipo.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de hurto calificado. Antes 455, ahora 453.
- En el artículo reformado no se incluyó el ordinal 12° del anterior artículo 455 referente al abigeato, por encontrarse ya regulado en la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera.

3. Marco Jurisprudencial:

Hurto con fractura.

«Los artículos 453 y 455 del Código Penal prevén varias circunstancias que conforman la acción del delito de hurto con fractura: el apoderamiento de un objeto mueble que pertenezca a otra persona, que tal objeto sea removido del lugar donde se halla sin el consentimiento del dueño, el ánimo de lucro por parte del agente y la violencia para cometer el hecho y destruir, romper, demoler y trastornar cercados hechos para la protección de personas o propiedades.» (Sentencia Número 1680 del 19/12/2000. Sala de Casación Penal.)

Hurto Calificado en Grado de Tentativa

«El delito de hurto calificado, previsto en el artículo 455 del Código Penal, establece una pena de cuatro a ocho años de prisión. Pero, cuando dicho delito se imputa como cometido de manera imperfecta, es decir, en grado de tentativa, escapa de la censura de la casación, en virtud de la pena a ser aplicada para esa conducta delictiva.» (Sentencia Número 601 del 10/05/2000. Sala de Casación Penal.)

CAPÍTULO II
Del Robo, de la Extorsión y Del Secuestro

DELITO DE ROBO (TIPO BÁSICO)

Artículo 455

"Quien por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de éste, será castigado con prisión de seis años a doce años."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Constreñir: por medio de violencia o amenazas: A que se entregue un objeto mueble. A tolerar que se apodere de éste.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	a) detentor. b) persona presente en el lugar del delito.
Objeto Material:	Objeto Mueble.
Ref. Modo y Lugar:	a) Por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas (antes del apoderamiento). b) En el lugar del delito.
Penalidad:	6 a 12 años de prisión.
Sub-Tipo Agravado:	Vid. Artículo 458.

1. Doctrina:

Se trata de un delito pluriofensivo en el que se tutela el bien jurídico libertad en cuanto al constreñimiento que se logra sobre la víctima u otra persona presente en el lugar del delito para doblegar su voluntad, por lo que serán estas personas los sujetos pasivos del bien jurídico libertad. También se tutela el bien jurídico propiedad que recae sobre la cosa objeto de apoderamiento, la que no requiere estar presente en el lugar

del delito por cuanto la cosa está en poder el detentador. La especificación de quien es el titular del bien jurídico propiedad es determinante para precisar que es la persona directamente ofendida por el hecho y que además de ostentar la condición de víctima según las previsiones del artículo 119 numeral 1° del Código Orgánico Procesal Penal es quien podrá reclamar la devolución de la cosa mueble objeto de apoderamiento según lo regulado en la parte infine del artículo 312, *ejusdem*. El sujeto pasivo del bien jurídico libertad también ostenta la condición de víctima a los efectos procesales en cuanto a su intervención y demás derechos.

La conducta típica es apoderarse que según la Real Academia significa hacerse dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder. La conducta en el delito de robo se ejecuta en el siguiente *iter*, se pone en marchas los medios determinados del tipo que es el empleo de violencias o amenazas a los efectos de constreñir a la víctima y luego procede la operación material mediante la cual el sujeto activo obtiene en forma ilegal la relación posesoria, al sacar la cosa de la esfera de dominio del sujeto pasivo y llevarla a la suya. En la práctica no resulta fácil, precisar el momento consumativo del apoderamiento que tipifica el delito de robo, al que se aplican las diversas teorías construidas a lo fines de establecer en que consiste la conducta que también aparece descrita en el delito de hurto, teorías que van desde el simple tocamiento de la cosa hasta el aseguramiento y aprovechamiento de la misma.

Nos enseña Maggiore citado por Suárez que las diversas teorías se han construido para establecer en que consiste el apoderamiento y por lo tanto el momento consumativo del delito y cada una de esta teorías corresponde, en resumen, a cada uno de los momentos en que puede descomponerse el *iter* del delito.

Para Sebastián Soler apoderarse exige no sólo la pérdida de poder de parte de la víctima, sino la adquisición de poder de parte del autor y por lo que el momento consumativo del apoderamiento coincide con de la consolidación del propio poder, que debe coincidir con la exclusión de hecho del poder del dueño o de quien por éste tenía la cosa.

Apunta Suárez que la noción de esfera de poder no es temporal espacial sino jurídica, pues no puede medirse ni en el tiempo ni en el espacio. Tampoco es cronológica porque no se puede cuantificar el tiempo

durante el cual el agente ha de disfrutar de la disponibilidad, pudiendo ser efímero o prologado. Lo que importa es que durante ese lapso breve o largo, haya conseguido privar de la relación posesoria al sujeto pasivo y obtenido el goce de la misma. No es medible de manera espacial, porque no es posible señalar en términos geométricos el campo en el cual el sujeto pasivo del hecho ejerce el dominio sobre la cosa. Agrega que existe un desapoderamiento y un correlativo apoderamiento. El primero se da cuando el sujeto pasivo pierde el poder de ejercicio de la relación posesoria y el segundo cuando la cosa ingrese al radio de disponibilidad del sujeto activo. Entre el desapoderamiento y el apoderamiento puede mediar un interregno disputado por los actos de ejecución característicos de la tentativa.

La sustracción se da cuando la cosa se le quita a su tenedor legítimo, con independencia que el ladrón la detente o no, así sea por breve o brevísimo instante, mientras que el apoderamiento exige un plus además del desapoderamiento que consiste en el poder de disposición material y subjetiva, que le permite al agente tener la cosa y sentirse detentador de la misma, así sea, se repite, por un instante, sin que implique asegurar ni aprovecharse de la cosa, lo cual va más allá del apoderamiento.

En cuanto a los medios de se trata de un tipo de medios determinados como lo es el empleo de violencias o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas. A través de la violencia se priva a la persona de su voluntad, de manera que materialmente queda obligada a hacer o dejar de hacer lo que según su estado de hombre tiene derecho a resolver, y en ello reside el ataque al bien jurídico libertad. La violencia física debe tener la aptitud para constreñir al sujeto pasivo pero si produce lesión a la integridad física constitutiva del delito de lesiones personales existirá concurso real de robo con lesiones según el carácter médico legal de las mismas, y si resulta la supresión del bien jurídico vida, se tratará un homicidio calificado por haberse perpetrado en el curso de la ejecución de un robo, según las previsiones del artículo 406 numeral 1° del Código Penal.

La violencia también puede ejercer sobre las cosas a través de su destrucción, deterioro, rotura, descomposición, Se requiere que la violencia sobre las cosas se emplee a los fines del constreñimiento. Stoppatto, citado por Febres precisa que el concepto de violencia en las cosas con-

siste en "un acto material que produzca un daño a la cosa en su entidad natural, una modificación en su estructura o un impedimento para aplicarla a lo que es su destino".[192]

La amenaza o violencia psicológica opera debilitando la resistencia de las personas y debe consistir en el ofrecimiento de un mal grave e inminente contra la vida o la integridad de las personas o contra las cosas de su particular aprecio. La intimidación tiene la entidad de aniquilar la libertad por la perturbación angustiosa que genera en la víctima del mal que se amenaza, por ello destruye, suspende o impide el libre ejercicio de su voluntad y produce análogos efectos que la fuerza física.[193]

La amenaza ha de ser grave y seria debiendo ser considerada por el juzgador en el caso concreto según las condiciones de un hombre medio, coincidiendo las autores que si el medio constriñó a la víctima y se logró el apoderamiento, debe estimarse grave y seria y configurar al delito de robo. El mal amenazado debe ser inminente por lo que debe existir la posibilidad cierta, verosímil de que ocurra de manera inmediata, porque si el daño es futuro, estaremos en presencia de una extorsión. Deben concurrir en el tiempo la posibilidad de ocurrencia del daño con el que se intimida y el acto de apoderamiento bien porque el detentador de la cosa la entregue o bien porque el ladrón la toma.

Estos medios de comisión específicos se proyectan sobre la persona detentora del objeto mueble o sobre otra persona presente en el lugar del delito, y el empleo de los mismos están destinados a constreñir al detentor de la cosa para que se le entregue o a tolerar que se apodere.

El objeto material de la acción típica es una cosa mueble, no puede recaer sobre inmuebles porque el robo es también un delito de desplazamiento, si recae sobre títulos o documentos, el delito será el de robo de documento o hipótesis extorsiva.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de robo (tipo básico). Antes 457, ahora 455.

[192] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 478.
[193] FEBRES CORDERO Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 479.

- Se modificó la penalidad para este delito. Antes era de presidio de 4 a 8 años. Ahora es de prisión de 6 a 12 años.

3. Marco Jurisprudencial:

Momento de consumación del delito de robo. Diferencias entre robo y hurto:

"El delito de robo se consuma con el hecho de apoderarse por la fuerza de un objeto de otro y aunque sea por momentos: basta con que el objeto ya haya sido tomado o asido o agarrado por el ladrón, bien directamente por éste o porque obligó a la víctima a entregársela. Y en esto consiste el momento consumativo de tal delito. Si alguien usa violencia y quita el objeto ajeno, el delito de robo se perfecciona aunque no haya aprovechamiento posterior porque, por ejemplo, haya intervenido la fuerza pública. Y ésa es la diferencia que existe entre el delito perfecto ya consumado y el delito perfecto agotado, en el cual el agente logró el fin último que se proponía.

"En efecto, el hurto no es un delito complejo y el robo sí lo es. Ya esto advierte que el robo, además de tener su primigenia característica en ser un delito contra la propiedad, tiene también otras características: es un delito contra las personas, puesto que atenta contra su libertad e integridad. Atentado que realiza con un medio que no usa en absoluto el hurto: la violencia. Y como enseñaba el propio CARRARA: «¿Qué medio más odioso que la violencia?» («Opúsculos de Derecho Criminal», Vol. VI, Temis, p. 88).

De manera que, al diferir tanto uno y otro delito en sus criterios esenciales, es palmario que también muy distinta ha de ser la apreciación de ambas figuras criminosas. Esto se demuestra hasta porque sendas agravantes operan en sentido inverso en los dos casos: mientras que en el hurto la mínima cantidad sustraída lo atenúa, en el robo lo agrava. La fuerza suprema de la lógica contenida en esta última premisa, prueba de forma apodíctica que el hurto y el robo, pareciéndose mucho, están en realidad informados por muy distintas esencias y muy diverso ha de ser también su tratamiento."

"Dos derechos, pues, resultan vulnerados siempre por el delito de robo. Y de ambos es claro que debe prevalecer el derecho a la libertad indivi-

dual. De allí que la violencia sufrida por las personas víctimas de robos sea el criterio esencial en el delito de robo. Y este criterio esencial de la violencia, que caracteriza incluso de manera típica-legal el robo, no existe en absoluto en el hurto."

El robo puede consumarse sin la obtención del provecho: por ejemplo, si el asaltante coloca el bien robado en la vía pública y mientras tanto se distrae en algo (y el bien continúa a disposición del ladrón), pero otro pasa casualmente por allí y se lleva dicho bien. Sí habría consumación en ese ejemplo porque habría habido antes el despojo y consiguiente daño a la propiedad, aunque después le quitaran al ladrón el bien y la disposición absoluta sobre el mismo: es claro que hubo el despojo, que hubo por tanto la lesión a la propiedad y que bien poco importa quién aprovechó el delito de robo ya consumado pero no agotado mediante la obtención de su fin último, cual era el aprovechamiento. (Voto Salvado del Magistrado Doctor Alejandro Angulo Fontiveros en Sentencia Número 212 del 25 de febrero de 2000, caso Luis Ramón Oropeza).

Momento consumativo del robo:

«esencialmente el pluriofensivo delito de robo es un delito contra la propiedad y contra la libertad individual. Y, siendo así, debe consumarse cuando esa propiedad y esa libertad (que son los derechos protegidos al incriminarse el robo) son lesionadas. En el robo hay un delincuente que amenaza a otra persona con causarle un daño grave e injusto si no le abandona sus bienes. Si el asaltante los obtiene, aunque sea momentáneamente, en ese preciso momento se consuma el delito.»

"El robo puede consumarse sin la obtención del provecho: por ejemplo, si el asaltante coloca el bien robado en la vía pública y mientras tanto se distrae en algo (y el bien continúa a disposición del ladrón), pero otro pasa casualmente por allí y se lleva dicho bien. Sí habría consumación en ese ejemplo porque habría habido antes el despojo y consiguiente daño a la propiedad, aunque después le quitaran al ladrón el bien y la disposición absoluta sobre el mismo: es claro que hubo el despojo, que hubo por tanto la lesión a la propiedad y que bien poco importa quién aprovechó el delito de robo ya consumado pero no agotado mediante la obtención de su fin último, cual era el aprovechamiento" (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 258 del 03/03/2000).

Momento consumativo:

"El delito de robo se consuma con el hecho de apoderarse por la fuerza de un objeto de otro y aunque sea por momentos: basta con que el objeto ya haya sido tomado o asido o agarrado por el ladrón, bien directamente por éste o porque obligó a la víctima a entregársela. Y en esto consiste el momento consumativo de tal delito. Si alguien usa violencia y quita el objeto ajeno, el delito de robo se perfecciona aunque no haya aprovechamiento posterior porque, por ejemplo, haya intervenido la fuerza pública. Y ésa es la diferencia que existe entre el delito perfecto y el delito perfecto agotado, en el cual el agente logró el fin último que se proponía" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 763 del 2 de junio de 2000).

Bien jurídico protegido:

"El bien jurídico protegido al perseguir el delito de robo es el de proteger a los coasociados en su derecho a la propiedad, libertad individual y al de la vida" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 763 del 2 de junio de 2000).

El apoderamiento en los delitos contra la propiedad. Comparación

"La extorsión y el secuestro son los únicos delitos contra la propiedad en que el apoderamiento no es simultáneo a la lesión del derecho: en el hurto, apenas se produce el apoderamiento hay la lesión consumada contra la propiedad; en el robo, apenas hay el apoderamiento se ocasiona la lesión consumada; en la estafa, apenas hay el apoderamiento (merced a la entrega de la cosa por el engañado) se ocasiona la lesión; y en la apropiación indebida, apenas hay el apoderamiento (a causa de la abusiva ejecución de actos de dominio e inversión consiguiente del título de la posesión) existe una lesión consumada al derecho de propiedad. En cambio, en la extorsión y el secuestro se puede producir la lesión al derecho de propiedad (cuando las víctimas se despojan de sus bienes y los envían al delincuente) y luego, después de transcurrido un tiempo, producirse el efectivo apoderamiento de los objetos por parte del culpable." (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 763 del 2 de junio de 2000).

Delito Complejo. Viola Derechos Libertad, Propiedad y la Vida:

"El robo, aparte de tener su primigenia característica en ser un delito contra la propiedad, tiene también otros rasgos: es un delito contra las **personas, puesto que con violencia atenta contra su libertad e integridad** física.

Por lo tanto el robo es un delito complejo, ya que viola varios derechos: siempre viola los derechos de libertad (delito medio) y de propiedad (delito fin) y a veces un tercero (al hacer la conexión de medio a fin) mucho más esencial: el derecho a la vida. Huelga puntualizar que los delitos complejos son los más ofensivos y por consiguiente los más graves. Y es fácil discernir que esa mayor gravedad proviene de que también atacan siempre la libertad individual. Es así mismo evidente que la libertad individual es un bien jurídico-filosófico de mayor monta que la propiedad. «*Prius lógico*» que surge de la evidente razón de que el máximo bien jurídico es la vida y que ésta peligra en extremo cuando con violencia se conculca esa libertad: tal es el caso en Venezuela porque aquí se demuestra que durante los robos (cuyo fin último es robar o afectar la propiedad ajena) se atenta necesariamente contra dicha libertad y es entonces cuando son asesinadas numerosísimas personas.

Dos derechos, pues, resultan vulnerados siempre por el delito de robo. Y de ambos es claro que debe prevalecer el derecho a la libertad individual. De allí que la violencia sufrida por las personas víctimas de robos sea el criterio esencial en el delito de robo." (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 445 del 7 de abril de 2000).

Robo Agravado Consumado:

«*La Sala advierte que no es necesario que haya un atentado propiamente tal contra la vida o una lesión a las víctimas del delito de robo, para que sea éste consumado. Basta que haya violencia efectiva o implícita (amenazas) y el despojo, aunque sea éste momentáneo y no logre disfrutar el asaltante lo que robó*" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1170 del 10 de agosto de 2000).

Robo Agravado. Consumación:

«*(...) el delito de robo se consuma con el hecho de apoderarse por la fuerza de un objeto de otro y aunque sea por momentos: basta con que el objeto ya haya sido tomado o asido o agarrado por el ladrón, bien directamente por éste o porque obligó a la víctima a entregársela, aunque no haya aprovechamiento posterior*» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1681 del 19 de diciembre de 2000).

Robo Agravado. Delito Instantáneo:

«*Es pues el delito de autos, por definición de la Ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, de naturaleza instantánea: se consuma por el apoderamiento violento de la cosa*» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1681 del 19 de diciembre de 2000).

Robo Agravado Frustrado. Nuevo criterio (Con Voto salvado del Dr. Angulo Fontiveros).

«*Esta Sala ha establecido: que el momento consumativo, tanto de los delitos de HURTO como de los delitos de ROBO (hurto con violencia) está supeditado a que se perfeccione el apoderamiento. Este apoderamiento ocurre cuando el sujeto activo del delito adquiera la posibilidad de disponer en forma absoluta del bien hurtado o robado. La disponibilidad, entendida en el sentido expresado en la citada jurisprudencia, no se concretó en el caso que se estudia, pues los efectivos de la Policía Municipal de Chacao, momentos después de ocurrir el delito detuvieron a los imputados, incautándoles los bienes robados, no dejando en consecuencia que se perfeccionara el delito de ROBO A MANO ARMADA atribuido a los procesados CARMEN NORELIS LINARES MARTINEZ y JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ PIÑA, debido a que no se perfeccionó el apoderamiento*».

Voto salvado del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros:

"*La verdad es que muy poco importa el tiempo que medie entre el momento en que con esa ilegítima* **violencia** *se produjo el* **apoderamiento** *y el momento en el cual se recuperó lo robado: es lo mismo que haya transcurrido un instante o un año. Ni debe importar la distancia entre ambos*

momentos, ya que es igual que la recuperación sea a un paso o a veinte kilómetros del lugar donde se obligó a la víctima a entregar sus bienes. El punto es que la conducta del ladrón se adecue por completo a la descripción típica: el juez habrá de verificar si se adecuó a tal descripción o no. Y en el primer caso es forzoso dar por ***perfectamente consumado*** *el delito de robo".*

"Situación distinta habría si los asaltantes amenazan a unos ciudadanos y los conminan a entregar sus bienes y mientras tanto, ***sin que los hubieran entregado****, se presenta la Policía y aborta la criminal maniobra:* ***no hubo consumación del robo sino este delito en grado de frustración****, porque no pudieron* ***apoderarse ni por un momento de esos bienes ajenos****".*

"Pero si hubo ***ese*** *apoderamiento, pretender establecer diferencias entre una situación en la cual la recuperación sea subitánea y otra situación en la cual haya pasado una hora, o entre una en la cual la recuperación se produjo al medio metro del sitio del asalto y otra en la cual se produjo al kilómetro, es el extremo de la absurdidad* ***y*** *niega las propiedades trascendentales que la ciencia del Derecho Criminal asignó al delito de robo".*

"De allí que no sea posible juzgar que hay una forma incompleta de robo o su frustración si aquella recuperación es inmediata en tiempo y espacio, pero que sí hay la perfección del delito de robo si la recuperación no es inmediata en tiempo y espacio. La verdad es que tal ínterin no tiene absolutamente ningún significado respecto a la concepción acerca del momento consumativo del delito de robo" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 320 del 11 de mayo de 2001).

Delito de robo - No admite acuerdo reparatorio:

«Dada la gravedad del delito de robo, cuyo medio comisivo que lo diferencia del hurto, es la violencia o la intimidación personal, tal figura delictiva no es cónsona con la naturaleza de los acuerdos reparatorios» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 214 del 02/05/2002).

Delito de robo (en cualquiera de sus modalidades) - Delito pluriofensivo:

«el delito de robo (en cualquiera de sus modalidades) es considerado como un delito pluriofensivo, que afecta tanto el derecho de propiedad como la libertad y la integridad personal, siendo éste último bien jurídico

de carácter indisponible por su propia naturaleza». (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 214 del 02/05/2002).

Consumación del delito de robo:

«el delito de robo se consuma con el hecho de apoderarse por la fuerza de un objeto de otro y aunque sea por momentos, por ello, basta con que el objeto ya haya sido tomado o asido o agarrado por el ladrón, bien directamente por éste o porque obligó a la víctima a entregárselo» (Sentencia de la Sala de Casación Penal Número 246 del 22 de mayo de 2002).

Momento consumativo del delito de robo de vehículo automotor. Competencia del Juez:

«El hecho de que los imputados después de cometer el delito se hayan trasladado en el vehículo automotor robado a otro Estado: caserío Anselmito en el Municipio Palma Sola, Estado Falcón y allí se hayan resistido a su aprehensión por parte de las autoridades policiales produciéndose el enfrentamiento donde resultó muerto uno de los delincuentes, no cambia en lo absoluto el momento consumativo del delito de robo y por ende, tampoco modifica la competencia del juez al que le corresponde conocer del juicio» (Sentencia de la Sala de Casación Penal Número 246 del 22 de mayo de 2002).

Momento consumativo del delito. Diferencia entre el delito perfecto y el delito perfecto agotado:

«el delito de robo se consuma con el hecho de apoderarse por la fuerza de un objeto de otro y aunque sea por momentos: basta con que el objeto ya haya sido tomado o asido o agarrado por el ladrón, bien directamente por éste o porque obligó a la víctima a entregársela. Y en esto consiste el momento consumativo de tal delito. Si alguien usa violencia y quita el objeto ajeno, el delito de robo se perfecciona aunque no haya aprovechamiento posterior porque, por ejemplo, haya intervenido la fuerza pública. Y ésa es la diferencia que existe entre el delito perfecto y el delito perfecto agotado, en el cual el agente logró el fin último que se proponía» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 255 del 28 de mayo de 2002; Criterio reiterado por la Sala de Casación Penal en Sentencia número 331 del 9 de julio de 2002).

El robo. Delito instantáneo:

«El robo es un delito instantáneo, que se consuma con el apoderamiento, por la fuerza, de la cosa» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 401 del 14 de agosto de 2002).

Robo de vehículo automotor. Circunstancia agravante

«El acusado fue condenado por la comisión del delito de ROBO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR, previsto en el artículo 5 de la ley que regula la materia, en relación con los ordinales 2° y 3° de la misma ley. Ahora bien: el ordinal 2° del artículo 6 de la Ley sobre Robo y Hurto de Vehículos Automotores establece como circunstancia agravante del delito tipificado en el artículo 5 eiusdem, que el mismo se haya cometido con un arma capaz de atemorizar a la víctima, aun cuando aquélla no lo sea pero tenga las características de un arma verdadera» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 426 del 24 de septiembre de 2002).

Robo. Tentativa:

«Cabe señalar que el legislador en la Ley Sobre el Hurto y Robo de Vehículos Automotores, atendiendo a las modernas doctrinas de la teoría del delito, abandonó la distinción entre tentativa y frustración, tipificando, como tipo autónomo, la tentativa de robo de vehículo automotor (artículo 7). Esa nueva concepción está incorporada en el Anteproyecto Código Penal, elaborado por la comisión coordinada por el Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros (Caracas: Editorial Torino, 2004), en cuya Exposición de Motivos (página 67) se dice: Como aspecto novedoso y de vanguardia, el anteproyecto sólo incluye la figura de la tentativa como forma inacabada del delito. Por tanto, elimina la posibilidad de sancionar la frustración y únicamente se está en presencia de un delito inacabado punible cuando la tentativa haya sido idónea, ya que la tentativa inidónea no será punible a menos que se trate de delito imprudente y consecuentemente evitable por el autor, resultando entonces que se defina el delito imposible y se determina sólo su sanción en caso de que la inidoneidad pueda transformarse en un delito de peligro, aspecto de relevancia en el libro segundo en cuanto a la parte especial Existiendo en la citada Ley especial el tipo autónomo de tentativa de robo de vehículo automotor, el sentenciador no debió condenar por el delito de robo de vehículo automotor, en grado de frustración» (Sentencia de la Sala de Casación Penal. Número 222 del 22/06/2004).

El robo por la pluralidad de bienes jurídicos protegidos, es un delito complejo:

«El ROBO, por la pluralidad de bienes jurídicos protegidos, es un delito complejo. Además de la propiedad, con la ejecución de un ROBO se puede atacar bienes de heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida. En el ámbito subjetivo, es característica de este delito el ánimo de lucro, es decir, el ánimo de enriquecimiento patrimonial y en el aspecto objetivo es preciso que la acción recaiga sobre una cosa mueble ajena. En este último caso, el tipo objetivo requiere de la concurrencia de la violencia o amenaza como medio para lograr el apoderamiento de la cosa ajena» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 460 del 24/11/2004).

Violencia y amenaza en el delito de robo:

«La violencia puede realizarse sobre la víctima del delito o contra cualquier cosa. La amenaza va encaminada a viciar la libre voluntad del sujeto pasivo, y al igual que en la violencia, ha de ser efectiva y con la suficiente intensidad para doblegar dicha voluntad. En principio, dicha amenaza o intimidación, es puramente subjetiva, es decir basta con que coaccione en el caso concreto a la persona y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 460 del 24/11/04).

Robo genérico realizado con facsímil de arma de fuego (CAMBIO DE CRITERIO) - Voto salvado del Dr. Alejandro Angulo Fontiveros:

«Como se había dicho, en el tipo objetivo del delito de ROBO, la amenaza o intimidación es puramente subjetiva, bastando con la coacción a la víctima y que esta coacción, como medio para apoderarse de la cosa ajena, sea la intención del agente. De tal manera que la peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, pudiéndose lograr la amenaza o intimidación con un arma de juguete. No obstante, en este caso no se puede aplicar la agravante prevista en el artículo 460 del Código Penal, a mano armada, puesto que ésta hace referencia al verdadero uso de armas en cuanto al peligro objetivo. De tal manera que existirá amenaza a la vida

cuando el arma que se utiliza para intimidar a la víctima y con ello lograr el objetivo perseguido que no es otro que apoderarse del bien ajeno, sea capaz de producir lesión o muerte a la persona contra la cual se ha utilizado. Un arma de juguete, no es idóneo (por su naturaleza y destino) para producir una amenaza a la vida, para ponerla en riesgo, en cuanto a lesionarla o extinguirla. La peligrosidad objetiva del medio empleado, en cuanto sea capaz de lesionar o poner en peligro el bien jurídico de la vida, es lo que constituye una agravante del delito de ROBO. Por ello, la amenaza o intimidación con un arma de juguete, por carecer de peligro objetivo, no constituye la agravante de por medio de amenazas a la vida, a mano armada. El uso de un arma que pone en riesgo la vida o la integridad física de la víctima, es lo que justifica la agravación del delito de ROBO y el correspondiente aumento de la pena. La intimidación que sufre la víctima con la utilización de un arma de juguete, creyéndola idónea y capaz de causarle una lesión o la muerte, ya está sancionada en el tipo de ROBO GENÉRICO» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 460 del 24/11/2004).

Delito de robo. Delito complejo. Diferencia entre violencia física y violencia moral:

«El delito de robo (en cualquiera de sus modalidades), por la pluralidad de bienes jurídicos protegidos, es un delito complejo. Además de la propiedad, con la ejecución de un robo se puede atacar bienes de heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida (Sentencia Nros. 214 del 2-05-02 y 460 del 24-11-04). En el ámbito subjetivo, es característica de este delito el ánimo de lucro, es decir, el ánimo de enriquecimiento patrimonial y en el aspecto objetivo es preciso que la acción recaiga sobre una cosa mueble ajena. En este último caso, el tipo objetivo requiere la violencia o amenaza como medio para lograr el apoderamiento de la cosa ajena. Dichos elementos específicos (violencia y amenaza) aluden a la clásica distinción entre vis absoluta (violencia física) o vis compulsiva (violencia psíquica). Como lo expresan los doctores GRISANTI AVELEDO y GRISANTI FRANCESCHI, en su obra Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Mobil-Libros, Caracas, 1989, pág. 267), la diferencia entre violencia física y violencia moral contra las personas estriba, fundamentalmente, en que mediante la primera la víctima sufre un quebrantamiento absoluto de su oposición o resistencia, pues resulta físicamente dominada por su agresor, en cambio, mediante la segunda el

sujeto pasivo consiente, aun cuando presionado por la amenaza de un mal inminente y grave. La violencia puede realizarse sobre la víctima del delito o contra cualquier cosa. La amenaza va encaminada a viciar la libre voluntad del sujeto pasivo, y al igual que en la violencia, ha de ser efectiva y con la suficiente intensidad para doblegar dicha voluntad» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 68 del 05/04/2005).

Admisión de los hechos. Delito de robo cometido por medio de amenaza:

«Aun cuando el robo se haya cometido por medio de amenazas (violencia moral), el delito se ejecuta con violencia y por consiguiente estará comprendido dentro de los supuestos a los cuales hace referencia el primer aparte del artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal (delitos en los cuales haya violencia contra las personas) y en los cuales el Juez, no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 68 del 05/04/2005).

DELITO DE ROBO IMPROPIO Y EN LA MODALIDAD DE ARREBATÓN

Artículo 456

"En la misma pena del artículo anterior incurrirá el individuo que en el acto de apoderarse de la cosa mueble de otro, o inmediatamente después, haya hecho uso de violencia o amenazas antedichas, contra la persona robada o contra la presente en el lugar del delito, sea para cometer el hecho, sea para llevarse el objeto sustraído, sea, en fin, para procurarse la impunidad o procurarla a cualquier otra persona que haya participado del delito. Si la violencia se dirige únicamente a arrebatar la cosa a la persona, la pena será de prisión de dos años a seis años.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Encabezado: Apoderamiento Único aparte: Apoderamiento (arrebatón).
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	cualquiera – detentor.
Objeto Material:	Objeto Mueble.
Ref. Modo:	Encabezado: Por medio de violencia o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas (inmediatamente después del apoderamiento).
Único aparte:	Por medio de violencia dirigida únicamente a arrebatar la cosa a la persona.
Elemento Subjetivo:	Encabezamiento: a) sea para cometer el hecho b) sea para llevarse el bien u objeto. c) sea para procurarse la impunidad. d) sea para procurar la impunidad de otra persona que haya participado en el delito.
Penalidad:	Encabezado: 6 a 12 años de prisión. Único aparte: 2 a 6 años de prisión.
Sub – Tipo Agravado:	Artículo 458.

1. Doctrina:

Delito de robo impropio

La diferencia entre el delito de robo propio descrito en el artículo 455 con el de robo impropio radica en el momento en que se ejercen los medios comisivos y su relación con el acto de apoderamiento. En el robo propio la violencia y las amenazas son anteriores al acto de apoderamiento, mientras que en el impropio es concomitante o posterior con el acto de apoderamiento, proyectándose los medios violentos sobre la persona que detenta la cosa o sobre la persona presente en el lugar del delito, bien sea para llevarse el objeto sustraído o para procurar la impunidad de quien realizó la acción material de apoderamiento o procurarla a cualquier otra persona que haya participado del delito. La violencia posterior debe constituir unidad de hecho con el apoderamiento y no una actividad posterior independiente.

Constituye un ejemplo de esta modalidad de robo, el acto de apoderamiento que se inicia como un hurto y al ser descubierto en la acción, el sujeto activo emplea la violencia con los fines indicados en el tipo, por lo que el delito muda su naturaleza de hurto a robo. En estos casos es posible que sean dos los agentes, siendo aprehendido uno de ellos, procediendo el otro a emplear los medios violentos para lograr la impunidad de su compañero. Para Grisanti, en estos casos, sólo responde por robo impropio quien empleó los medios, y el primero sólo responderá por hurto.[194]

Para Febres Cordero esta modalidad de robo no se consuma con la entrega del objeto o el apoderamiento del mismo, sino cuando ha cesado el empleo de las violencias o las amenazas, por lo que estima la configuración de la tentativa, en el caso de que, el agente, inmediatamente después de haber tratado de apoderarse, de la cosa mueble de otro, usa violencias o amenazas contra las personas para asegurarse la impunidad o procurarla a cualquier otra persona.[195]

[194] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 273.
[195] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p.110.

Si como consecuencia del empleo de la violencia se ocasiona lesiones, habrá concurso real del delito de robo con el de lesiones personales que se calificarán según el carácter médico legal de las mismas. Si se suprime la vida del sujeto pasivo, se tratará de un homicidio calificado en el curso de la ejecución de un robo, pero si una vez agotada la acción del robo, se causa la muerte, se tratará de un concurso real de robo y homicidio.

Cuando el objeto material de la acción típica es una cabeza de ganado el hecho se subsumirá en la Ley Penal de Protección a la Actividad Ganadera, y si se trata de un vehículo automotor en la Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículo Automotor. Existen posiciones encontradas sobre si se trata de un concurso real o ideal de delitos, cuando el acto de apoderamiento recae sobre un objeto mueble y sobre un vehículo automotor. Sobre este particular la Sala 1 de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas, declaró que se trata de un concurso ideal de delito. Siendo aplicable las descripciones de robo del Código Penal en virtud del alcance del artículo 98 del mismo texto legal. Establece la decisión:

> "La decisión del *A quo* señala que se trata de un concurso real de delitos, siendo que el presupuesto de concurso real es cuando un sujeto realiza diversos hechos delictivos independientes entre sí, que concretan diversas violaciones de la ley penal sin que, en principio, se haya producido entre tales hechos una sentencia de condena. Se trata de un supuesto de pluralidad de hechos y de delitos que se ponen a cargo de un solo sujeto que los ha cometido.
>
> Contradictoriamente a su afirmación que se trata de un concurso real de delitos, en la misma decisión la juez de la recurrida, cita el artículo 98 del Código Penal que se refiere al concurso ideal de delitos, que como señala Hans-Heinrich Jescheck[196], en su Tratado de Derecho Penal, "es cuando el autor lesiona mediante una misma acción varias leyes penales o la misma ley varias veces. Dos son por lo tanto los requisitos del concurso ideal: de un lado, debe haber unidad de acción, y de otro, mediante la acción tienen que haberse producido una pluralidad de infracciones legales."

[196] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción de José Luís Manzanares Samaniego. Cuarta edición, Editorial Comares. Granada., pp. 648, 657-658.

> El mencionado autor alemán refiere que: "dado que la teoría del concurso debe establecer reglas para la aplicación de diversos marcos penales, según haya una acción o tengan que apreciarse varias acciones, sólo puede tomarse en cuenta para la diferenciación un criterio jurídico. Cabe imaginarse los siguientes puntos de vista: la vieja distinción que atiende al número de los resultados producidos se encuentra hoy abandonada, porque una pluralidad de resultados, incluso cuando menoscaben bienes jurídicos eminentemente personales puede tener su origen en una sola actuación volitiva, y en tal caso procede estimar únicamente una acción. Tampoco puede ser decisivo el número de tipos realizados, puesto que....cabe cometer varias infracciones legales a través de una acción. El concepto jurídico penal de acción, resulta asimismo inoperante, porque sólo pretende fijar las exigencias mínimas que ha de cumplir con carácter general el comportamiento humano para llegar a ser objeto de consideración jurídico-penal.
>
> Actualmente, la jurisprudencia y la doctrina dominante arrancan de la concepción natural de la vida para determinar el concepto de acción en la teoría del concurso. Una pluralidad de componentes de un suceso, externamente separables, deben conformar una acción unitaria cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observado no interviniente son sentidos como una unidad."
>
> Continua el autor citado señalando que "El concurso ideal significa que mediante una acción se realizan varios tipos penales. Sin embargo, las diversas infracciones legales no precisan coincidir en modo absoluto, bastando por el contrario, para el concurso ideal, con que coincidan parcialmente."
>
> Por su parte el Dr. Alberto Arteaga Sánchez[197], refiriéndose al concurso ideal en su obra Derecho Penal Venezolano, Parte General, señala que es: "...cuando con un mismo hecho se violan varias disposiciones legales. Realmente no hay una pluralidad de delitos,

[197] ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano. Parte General.* Universidad Central de Venezuela. 5ta. edición. pp. 380-381.

ya que se da un solo hecho, pero idealmente existe tal pluralidad por implicar este hecho la violación de varias disposiciones legales, esto es, por resultar abarcado el mismo hecho por diversas disposiciones que no se excluyen entre si, exclusión que se da en el denominado concurso aparente de normas, en el que cada norma, como lo observa Antolisei, comprende por entero el hecho y excluye la aplicación de la otra norma que pugna por abarcarlo. En cambio, como lo expresa el mismo autor, en el concurso ideal, las normas se integran entre sí "y se aplican contemporáneamente en cuanto que cada una de ellas comprende una parte sólo del hecho."

Agrega dicho autor que "Nuestro Código no habla de unidad de acción, sino que hace referencia a la unidad de hecho,... quiere decir unidad de lo realizado por el sujeto objetivamente en razón de la unidad de elemento moral o interno o de la unidad de resolución. Por tanto, hay unidad de hecho y concurso ideal cuando el hecho es único en su totalidad, en lo objetivo y en la resolución."

Con los elementos anteriormente reseñados se evidencia que en el presente caso se trata de una sola acción, procedente de una sola resolución, pues se encuentra sancionado tal delito por el Código Penal, en el artículo 460, norma que comprende por entero el hecho y excluye la aplicación de la otra norma que pugna por abarcarlo, pero que no lo abarca en su totalidad, y que es el artículo 5 de la Ley Sobre Hurto y Robo de Vehículos, pues en fecha 28 de enero de 2004 fue robada la residencia de la ciudadana JUANITA OSUNA DE MACIAS, y fue despojada bajo amenaza de arma de fuego de distintos artefactos electrodomésticos, ropas, equipos de odontología y el vehículo Toyota Corolla, año 2001, color azul, serial de carrocería BXA53AEB112010447, serial motor 4AM592388, placas ACH-177, valorado en veinticinco millones de bolívares, que a escasas horas de tal robo le fue decomisado al ciudadano JULIO JESÚS MEDINA, por el funcionario JEDUMAR ALFARO, en compañía del Sub-Inpector FRANKLIN LEÓN y el Detective EDUARDO CABRERA, resultando detenido y puesto a la orden del Juzgado de Control." (Sentencia de fecha 8 de marzo de 2005. Expediente 1510)

ROBO EN LA MODALIDAD DE ARREBATÓN

El robo leve o en la modalidad de arrebatón se configura cuando la violencia se dirige únicamente a arrebatar la cosa a la persona, por lo que el ladrón ejecuta un movimiento muy ágil y rápido colocando sus manos sobre la cosa mueble objeto de apoderamiento que puede ser un bolso, maletín cadena, collares, pulseras, reloj, y ejerciendo simultáneamente un tirón muy fuerte que acompañado de un movimiento de rechazo de la víctima, logra efectivamente arrebatar la cosa mueble y así lograr el apoderamiento.

En este tipo de robo la conducta es apoderarse y la acción de arrebatar es el medio empleado que resulta ser violento por el empleo de la fuerza física proyectada sobre la cosa. Si la violencia se proyecta sobre la persona en el momento en que se realiza el apoderamiento, el delito será robo impropio y no el leve. Si como consecuencia del arrebatón se causan lesiones tales como excoriaciones, las mismas las absorbe el delito de robo leve.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de robo impropio y en la modalidad de arrebatón. Antes 458, ahora 456.
- El encabezamiento de este artículo, contentivo del tipo del robo impropio, no sufrió ninguna modificación con la reforma, pero dado que la penalidad nos remite al artículo anterior que si sufrió modificación con la reforma, debemos observar que antes era de presidio de 4 a 8 años y ahora es de prisión de 6 a 12 años.
- Se modificó la penalidad del primer aparte de este artículo, contentivo del tipo de arrebatón. Antes era de prisión de 6 a 30 meses. Ahora es de prisión de 2 a 6 años.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Robo impropio

"El delito de robo, definido en el encabezamiento del artículo 458 del mismo Código, se produce o consuma cuando el individuo, en el acto de

apoderarse de la cosa mueble de otro, o inmediatamente después, hace uso de violencias o amenazas contra la persona robada o contra la presente en el lugar del delito, sea para cometer el hecho, sea para llevarse el objeto sustraído, sea, en fin, para procurarse la impunidad o procurarla a cualquier otra persona que haya participado en el delito. Y el único aparte del citado artículo 458 ejusdem contempla el caso en que la violencia se dirija únicamente a arrebatar la cosa a la persona.

En el primer caso (artículo 457), las violencias o amenazas son anteriores al apoderamiento y están dirigidas a constreñir a que el detentor u otra persona entregue o tolere el apoderamiento de una cosa mueble; dada semejante situación, el sujeto pasivo, acepta, consiente, bajo la presión de la violencia o de la amenaza, en entregar la cosa o en que el ladrón tome la misma. En la segunda hipótesis (encabezamiento del artículo 458), la violencia o la amenaza se producen en el acto del apoderamiento de la cosa o inmediatamente después, sea para cometer el hecho, sea para llevarse el objeto sustraído, sea, en fin, para procurarse la impunidad o procurarla a cualquier otra persona que haya participado en el delito. Y en la última hipótesis (único aparte del predicho artículo 458), la violencia se dirige, únicamente, a arrebatar la cosa, con prescindencia de toda amenaza o agresión en contra de la integridad física del ofendido". (Sentencia de 31/01/1975. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal).

Diferencia entre robo propio e impropio.

"...En el robo propio la violencia o amenaza es anterior al apoderamiento y en el impropio después y para conservar lo robado...". (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Número 320 del 11/05/2001. Voto salvado del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros).

DELITO DE ROBO DE DOCUMENTO

Artículo 457

"Quien por medio de violencia o amenazas de un grave daño a la persona o a sus bienes, haya constreñido a alguno a entregar, suscribir o destruir en detrimento suyo o de un tercero, un acto o documento que produzca algún efecto jurídico cualquiera, será castigado con prisión de cuatro años a ocho años.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Constreñir al Sujeto Pasivo a entregar, suscribir o destruir en detrimento suyo o de un tercero, un acto o documento que produzca algún efecto jurídico cualquiera.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Objeto Material:	Un acto o documento que produzca algún efecto jurídico cualquiera.
Ref. Modo:	Por medio de violencia o amenazas de un grave daño a la persona o a sus bienes.
Penalidad:	4 a 8 años de prisión.
Sub – Tipo Agravado:	Artículo 458.

1. Doctrina:

Al igual que el delito de robo genérico se trata de un tipo pluriofensivo pues a través de él se tutelan los bienes jurídicos libertad y propiedad. Los medios de comisión también son la violencia o amenazas con la diferencia que no se exige la inminencia, sino que se amenace con causar un grave daño a la persona sobre quien se proyecta la violencia o a sus bienes. El objeto material de la acción típica lo constituye no un objeto mueble como en el robo de los artículos 455 y 456, sino un documento o un acto que produzca algún efecto jurídico, por lo que la acción típica consiste en constreñir al sujeto pasivo a realizar las siguientes conductas: entregar, suscribir o destruir un documento, o suscribir un acto, en-

tendiéndose por tal un negocio jurídico. El documento o el acto, deben tener la entidad de producir algún efecto jurídico cualquiera, tratándose de un delito contra la propiedad debe afectar en consecuencia el patrimonio del sujeto pasivo o el patrimonio de un tercero. En caso que la conducta de suscribir, entregar o destruir afecte el patrimonio de la persona sobre quien se proyecte la violencia, éste será el lesionado en cuanto a la libertad y la propiedad y si afecta la propiedad de un tercero, la persona sobre quien se proyecta la violencia será el titular del bien jurídico libertad, y el tercero del bien jurídico propiedad. Si el agente realiza la conducta típica con el propósito que se suscriba un documento que le libere de una obligación que tenía con la víctima de la violencia pero que esta se negaba a documentar la extinción de la obligación, no se configura esta modalidad delictiva por cuanto falta la afectación al patrimonio. La conducta del agente tiene relevancia penal que habrá de configurarse en otros delitos bien contra la libertad y la administración de justicia, más no en los delitos contra la propiedad.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de robo de documento. Antes 459, ahora 457.
- Se modificó la Penalidad. Antes era de presidio de 3 a 6 años. Ahora es de prisión de 4 a 8 años.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

DELITO DE ROBO (SUB-TIPO AGRAVADO)

Artículo 458

"Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes se haya cometido por medio de amenazas a la vida, a mano armada o por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada, o bien por varias personas ilegítimamente uniformadas, usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas, o si, en fin, se hubiere cometido por medio de un ataque a la libertad individual, la pena de prisión será por tiempo de diez a diecisiete años; sin perjuicio a la persona o personas acusadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

COMETIDO POR:	a) amenaza a la vida, a mano armada.
	b) varias personas una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada.
	c) varias personas ilegítimamente uniformadas usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas.
	d) ataque a la libertad individual.
PENALIDAD:	10 a 17 años de prisión, sin perjuicio de la pena aplicable por el delito de porte ilícito de arma.

1. Doctrina:

El artículo 458 contiene un elenco de circunstancias específicas que agravan el delito de robo, no constituye un tipo autónomo por lo que necesariamente tendrá que relacionarse con una cualquiera de las descripciones de los artículos 455, 456 y 457, excepción hecha de la parte de la modalidad de robo en la modalidad de arrebatón. Se trata de circunstancias alternativas por lo que no se requieren que concurran simultáneamente y en caso de concurrir no está configurada como multiagravante.

Las circunstancias específicas que agravan al delito de robo según las previsiones legales son las siguientes:

a) Por medio de amenazas a la vida, a mano armada.
b) Por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada.
c) Por varias personas ilegítimamente uniformadas, usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas.
d) Por medio de un ataque a la libertad individual.

a) Por medio de amenazas a la vida, a mano armada.

La amenaza a la vida, a mano armada, ha de ser una amenaza más grave que el medio de comisión señalado en los artículos 455, 456 y 457, consistiendo en una oferta seria de privar de su vida a la persona amenazada, lo que resulta reforzado por el empleo de un arma que debe ser sacada.

Para Mendoza se requiere para la configuración de la agravante de amenaza a la vida que se emplee un arma, por lo que estima que si la amenaza a la vida no se ve reforzada por las armas, el robo será genérico. Febres Cordero, por el contrario considera que se puede amenazar a la vida sin necesidad que se emplee un arma. Lo cierto es que a través de las manos empleando fuerza sobre el cuello de una persona o valiéndose de una cuerda se puede amenazar efectivamente a la víctima y existe un peligro objetivo de producirse la supresión de la vida, situación que de producirse puede encajarse en la agravante sin que se lesione el principio de tipicidad, pues hay una amenaza a la vida. Lo que si se requiere es que haya un nexo o vínculo entre la amenaza como medio intimidante y el apoderamiento como acto final del agente.

En cuanto al empleo del facsímile de arma de fuego como medio de intimidación, la doctrina mayoritaria coincide en que no configura la agravante por cuanto no se está armado de manera efectiva y por ello ha de tratarse de un robo simple. Lo cierto es que el facsímile tiene la entidad de constreñir por cuanto no puede colocarse a la víctima en la posición de tener que preguntar al sujeto activo si se trata de un arma de juguete o de verdad. El punto no es si tiene o no la entidad de constreñir, por cuanto tal hecho no admite discusión, sino si ese medio de comisión objetivamente considerado puede constituir una amenaza a la vida, pues no se está armado, a tal punto de diferenciarlo suficientemente de la amenaza que requiere el delito de robo simple. Obviamente que el

desvalor de acción de quien ejecuta un robo con un arma de fuego presupone que va dispuesto a usarla y matar y quien lo hace con un arma de juguete lo que quiere es constreñir, por lo que existe un desvalor de acción diferente en grado e intencionalidad, por ello castigarlo con la misma pena no es proporcional.

La doctrina de la Sala de Casación Penal sobre este particular durante un primer período admitió el uso del facsímile como circunstancia agravante del delito de robo. En el año 1999 con base en el bien jurídico tutelado se cambia de doctrina, la que fue abandonada en el año 2000. En noviembre de 2004 se cambia nuevamente la doctrina precisándose que el uso de un arma de juguete configura un robo genérico.

b) Por varias personas, una de las cuales hubiere estado manifiestamente armada.

El número de sujetos activos que intervienen en el hecho han de ser dos o más, presumiendo el legislador que el número de dos sumado al empleo de las violencias o las amenazas es suficiente para atemorizar al sujeto pasivo, pero en este caso se requiere que uno de esos sujetos esté manifiestamente armado. Aquí no se requiere que se haga uso efectivo del arma para intimidar, bastando que sea portada de modo ostensible o notorio que es el sentido de la expresión manifiesto.

c) Por varias personas ilegítimamente uniformadas, usando hábito religioso o de otra manera disfrazadas.

El uso ilegal del uniforme, del hábito religioso, o el enmascaramiento, ocultación alteración del rostro, de modo que haga difícil el reconocimiento de los culpables, debe ir acompañado de amenazas o violencias para que se configure el robo agravado, pues de lo contrario se configurará sólo el hurto del número 8 del artículo 455 (453).

También en este caso deben ser varias las personas disfrazadas o que usen ilegalmente uniforme o hábito religioso. No es necesario, por tanto, que esas personas estén constituidas en banda, que es la asociación de personas para la comisión de delitos, de modo que constituyan una verdadera sociedad criminal o asociación de delincuentes, como se exi-

ge en otras legislaciones. Basta la simple concurrencia de dos o más personas en la comisión del robo, siempre que estén disfrazadas para que se configure la agravante."[198]

d) **Por medio de un ataque a la libertad individual.**

Constituye un ataque a la libertad distinta a la de los artículos 455 al 457, pues se refiere a la libertad ambulatoria o desplazamiento, la que puede afectarse amarrando a la víctima, conduciéndola de un lugar a otro en contra de su voluntad. Esta modalidad de robo no entra en concurso real con el delito de privación ilegítima de libertad y se diferencia del ataque a la libertad del delito de secuestro, en que en el robo se ataca la libertad individual para lograr el acto de apoderamiento, mientras que en el secuestro se efectúa un canje de la libertad por un precio o rescate.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de robo (sub-tipo agravado). Antes 460, ahora 458.
- Se modificó la penalidad para este delito. Antes era de **presidio** de 8 a 16 años. Ahora es de **prisión** de 10 a 17 años.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Robo con Arma de Fuego Falsa o Imitación. CAMBIO DE CRITERIO:

"(...) el verdadero criterio mensurador de la gravedad de quien asalta con un arma de fuego, no es el de si esa arma es idónea o no para matar y así hacer efectiva la amenaza a la vida, sino si fue capaz de agobiar al extremo el ánimo de las víctimas y de suprimir su posibilidad defensiva, con lo cual se violaría el derecho a la libertad personal y el derecho de propiedad. Robar "a mano armada" es empuñar un arma, real o falsa, para intimidar a las víctimas y facilitar el apoderamiento o despojo".

[198] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 118.

"La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 55, ordena que *«Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por la ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes»*.

"Esta Sala de Casación Penal no es un órgano de seguridad ciudadana de los enumerados en el artículo 332 de la Constitución. Pero sí lo es "lato sensu" y dado que es fuente nutricia e inspiradora de todo órgano de seguridad en sentido estricto, puesto que la obligación principal de la Sala es garantizar la libertad del pueblo y defender los derechos de los venezolanos, mediante la certeza en la aplicación del Derecho Penal, cuyo fundamento es proteger la libertad del ser humano. Por lo tanto, esta Sala considera que la única interpretación que está en consonancia con tan nobles principios penales y obligatoriedades de rango constitucional, es la de que quien robe con un arma de fuego falsa o de imitación, también debe ser condenado por el delito de robo agravado y según el artículo 460 del Código Penal" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 445 del 7 de abril de 2000).

Robo Agravado. Tipo Alternativo con varias Hipótesis. Robo con Pico de Botella amenaza la vida y ataca la libertad:

«La figura delictiva, prevista en el artículo 460 del Código Penal, estructura un tipo alternativo que ofrece varias hipótesis, bastando la realización de cualquiera de ellas, en la vida real, para que el delito se repute integrado. En el presente caso se dan los supuestos de amenaza a la vida, el ataque a la libertad y la presencia de varias personas (dos), unas de las cuales estaba manifiestamente armada con un pico de botella. De tal manera que dicha conducta encuadra dentro de las previsiones de la norma antes señalada. Por otra parte, mediante la intimidación o amenaza señalada se logró el apoderamiento del bien mueble ajeno» (Sala de Casación Penal, Sentencia Número 1497 del 21/11/2000).

Robo agravado con arma de juguete:

«El hecho de que el arma utilizada por el ciudadano Wilfredo Salaya Roca no fuese real, según resultados arrojados por la experticia de reco-

nocimiento legal, no ha de suprimir o reducir las posibilidades de proceder de la víctima, en la defensa de sus bienes y en la protección del derecho a la libertad individual. Por lo que concluye la Sala, que a pesar de que el ciudadano Wilfredo Salaya Roca, se valió de un arma falsa para constreñir a sus víctimas al momento de cometer el delito, ello no le quita al hecho la gravedad que establece el artículo 460 del Código Penal» (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1557 del 28 de noviembre de 2000).

Robo a mano armada. Arma real o falsa:

"En esta oportunidad, la Sala estima necesario reiterar enfáticamente el criterio establecido en la comentada decisión, en el sentido de que robar "a mano armada" es empuñar un arma real o falsa para intimidar a las víctimas y facilitar el apoderamiento o despojo de algún bien: y esto fue precisamente lo que hizo NELSON RÍOS FARIÑAS al introducirse en un apartamento con un arma y amenazar a sus residentes para apoderarse de las joyas y el dinero que posteriormente se le incautó" (Sentencia de la Sala de Casación Penal número 1682 del 19 de diciembre de 2000).

Robo a Mano Armada. Amenaza a la Vida. Hecho Notorio.

«quien con un arma de fuego despoja a otro de sus bienes lo amenaza en su vida: «notoriun non egent probatione» (lo notorio no requiere prueba).» (Sentencia Número 441 del 06/04/2000. Sala de Casación Penal).

Arma de Juguete:

JORGE L. ROSELL SENHENN, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, vota concurrentemente en relación a la dispositiva de la presente sentencia, pero con las siguientes observaciones:

I

El criterio mayoritario

Mis distinguidos compañeros de Sala, los Magistrados RAFAEL PEREZ PERDOMO y ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, se abstuvieron de pronunciarse sobre el recurso de fondo interpuesto referido a que el objeto utilizado en el robo que se investiga, era una imitación de arma de fuego (revólver o pistola de juguete). Esta Sala, con base en principios

inspirados en la Constitución y en el Código Orgánico Procesal Penal, ha decidido con frecuencia optar por la casación de oficio o la nulidad de oficio, a fin de cumplir con las modernas funciones de un alto tribunal, como lo es éste, que ya no se limita a custodiar las formalidades y asegurar la unidad de la jurisprudencia, sino que va más allá: la búsqueda de fallos equitativos que satisfagan el sentimiento generalizado de justicia.

II

El criterio que sostenía la Sala

La Sala de Casación Penal venía planteando lo siguiente:

«Ahora bien, tal y como lo ha sostenido este Supremo Tribunal en reciente jurisprudencia, para que el delito de robo se considere agravado es necesario que se cometa -entre otros modos- por medio de amenazas a la vida, a mano armada, y para ello se requiere un arma real, es decir, un objeto o instrumento que por su naturaleza y destino sea definido como arma y que al ser usado como tal, sea capaz de producirle lesión o muerte a la persona contra la cual se ha utilizado. En tal sentido no siendo una pistola de juguete idónea para producir una amenaza a la vida, que la ponga en riesgo de ser lesionada o extinguida, no puede considerarse un arma y por lo tanto la persona que la lleva consigo no reúne las condiciones como para calificar su acción de Robo a Mano Armada…».

Esta sentencia de la cual fui ponente el 28 de enero, fue suscrita por mis apreciados compañeros de Sala, Magistrados RAFAEL PEREZ PERDOMO y ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, en la cual se rebajaba una sentencia de 12 años, a través de una casación de oficio, a 6 años de presidio.

III

Las razones de la agravación

Un aumento de pena tan severo de 8 años a 16 años de presidio en su límite superior, no puede obedecer a caprichos del legislador. Efectivamente, se agrava la pena por el peligro que presupone el uso de un arma, lo cual pone en evidente riesgo la vida o integridad física del agraviado. No se concibe que dicho aumento en la sanción se deba sólo al hecho de que se intimida a la víctima con la supuesta arma.

En este sentido, diferentes autores se han pronunciado al respecto, lo cual fue recogido por un apreciado excompañero de Sala Penal, Dr. JOSE ERASMO PEREZ ESPAÑA en sentencia del 20 de octubre de 1999.

El maestro JOSE RAFAEL MENDOZA manifiesta, refiriéndose a la agravante de amenazas a la vida, a mano armada:

> *«Es una amenaza más grave que el medio de comisión señalado en el artículo 457, y consiste en la oferta seria de quitarle la vida a la persona amenazada, reforzada por las armas, a mano armada, sacando las armas».*

Hernando Grisanti Aveledo considera:

> *«...la amenaza a la vida, cuando no está reforzada por las armas, queda comprendida en el artículo 457 del Código Penal».*

Agregando inmediatamente:

> *«Hay que observar que un revólver descargado o de juguete puede ser usado como arma contundente, aunque con ésta no puede crearse la situación de peligro personal que engendra el empleo de un revólver cargado».*

Fontán Balestra y Sebastián Soler, citados por Hernando Grisanti, consideran en cuanto al empleo de armas falsas o simuladas, que no agrava el robo. Concretamente, Sebastián Soler afirma que para que exista la agravante «se hace necesario que el dolo del autor consista precisamente en el empleo de algo que sea un arma también para él».

Ricardo C. Núñez opina así:

> *«Si el robo se cometiere con armas... Es un arma tanto el objeto destinado para la ofensa y defensa, como el que eventualmente, por su poder vulnerante, puede utilizarse para esos fines. El uso de un arma simulada o descargada no agrava el delito, porque la calificante atiende al peligro real emergente de la utilización del arma».*

Argumentos en la doctrina sobran entonces, para poder tomar un criterio de tratamiento justo al diferenciar las dos acciones: quien roba utilizando un arma simulada, y quien lo hace armado efectivamente.

IV
El tipo penal

El artículo 460 del Código Penal es claro al incluir entre los elementos del ROBO A MANO ARMADA, que el sujeto activo efectivamente esté armado, cosa que no sucede cuando quien actúa lo hace utilizando una apariencia de arma.

¿Está armado quien empuña una simulación de revólver? ¿Está armado quien utiliza una pistola de juguete?.

¿Está permitido entonces condenar a estas personas con la misma sanción que se le impone a quien efectivamente está armado y pone en evidente peligro la vida de su víctima?.

De alguna manera ha de diferenciarse el tratamiento de estas conductas, y la única, es seguir los elementos del tipo penal al considerar que se comete el delito de ROBO A MANO ARMADA, sólo cuando quien actúa efectivamente está armada, no cuando simula tal condición, por lo que su conducta aunque punible, debe encuadrarse dentro del tipo penal de ROBO SIMPLE.

A pesar de todo lo anotado se hace necesario examinar el hecho cometido, a fin de precisar una calificación que con justicia trate a la acción de los autores. Si bien es cierto que las razones sostenidas por la mayoría de la Sala, según el criterio antes expuesto, no hace de dicha acción un robo agravado, no se puede dejar de percibir que la víctima fue maltratada innecesariamente, y lo más importante, mantenida durante más de ocho horas en la «maletera» del vehículo utilizado por los autores, por lo cual, sin duda alguna se puso en grave riesgo su vida, lo cual coincide con el tipo penal del robo agravado que prevé la amenaza a dicho bien jurídico.

Es por lo anotado que el presente voto será concurrente, pues aun cuando no estoy de acuerdo con los razonamientos mantenidos por la mayoría de la Sala para considerar el robo cometido como agravado, sí concuerdo por diferentes motivos en la dispositiva de dicha sentencia en el sentido de que debe calificarse el hecho perpetrado como de robo agravado (Voto concurrente del Magistrado Jorge Rosell a la sentencia de la Sala de Casación Penal número 1452 del 8 de noviembre de 2000).

DELITO DE EXTORSIÓN

Artículo 459

"Quien infundiendo por cualquier medio el temor de un grave daño a las personas, en su honor, en sus bienes, o simulando órdenes de la autoridad, haya constreñido a alguno a enviar, depositar o poner a disposición del culpable, dinero, cosas, títulos o documentos, será castigado con prisión de cuatro a ocho años.

La pena establecida en este artículo se aumentará hasta en una tercera parte cuando el constreñimiento se lleve a efecto con la amenaza de ejecutar acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común.

***Parágrafo único:** Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Constreñir a: enviar, depositar, poner a disposición del culpable.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Objeto Material:	Dinero, cosas, documentos.
Ref. Modo:	a) Infundiendo por cualquier medio temor de un grave daño.

b) Simulando órdenes de la autoridad.

Penalidad:	4 a 8 años de prisión. Aumenta hasta una tercera parte para el primer aparte.

1. Doctrina:

En cuanto al bien jurídico se trata de un delito pluriofensivo en el que se tutela la libertad y la propiedad. Al sujeto pasivo se le coarta su voluntad de disposición por medio del temor que se le infunde y puede ser la misma persona que sufre el perjuicio patrimonial, pero si el coaccionado ostenta la representación de una persona jurídica ésta será la afectada en el patrimonio y su representante en el bien jurídico libertad.

Es necesario que el medio empleado tenga eficacia intimidatorio, sea idóneo lo que debe ser apreciado en abstracto, tomando en cuenta la psicología del hombre medio o la de los individuos de la misma condición del sujeto pasivo. Un sector de la doctrina representado por Carrara, Eusebio Gómez, Soler y Fontán Palestra, requiere la apreciación del medio en concreto, es decir, si en el caso en particular ha sido o no intimidado el ánimo de la víctima.[199]

En Argentina, sostiene Soler que la idoneidad del medio se toma en cuenta sobre los siguientes criterios. Si el agente alcanza efectivamente el objeto propuesto, no cabe duda respecto a la idoneidad del medio la que no se mide sobre la base de la capacidad de crear el peligro real, sino el temor del peligro, y para ello puede basta la apariencia. Cuando el medio empleado no surte efecto, es decir, el activo no logra el objeto que se propone, debe medirse la idoneidad con relación al criterio del hombre medio, pero el hecho no resulta irrelevante por lo que se plantea un a situación de tentativa.[200]

El temor infundado por el agente con la amenaza de un grave daño a las personas debe ser bien en su honor, conocido como chantaje, o en sus bienes o simulando órdenes de la autoridad. El hecho con el que se causa temor puede ser cierto o falso, pudiendo la amenaza ser verbal o escrita, directa o indirecta, expresa o tácita. Con la simulación de órdenes de la autoridad se puede constreñir a la víctima y por ello constituye otro de los medios comisivos de este delito. Nos enseña Febres, que se simulan órdenes de la autoridad cuando se aparenta actuar en cumplimiento de una orden emanada de la autoridad pública. El temor creador en la víctima de desobedecer la orden simulada de la autoridad es lo que configura el delito, por lo que no se requiere la orden sea falsa en si misma bastando que esté acompañada de formalidades exteriores que hagan creíble su genuinidad, para decir que se actuó de tal manera. El temor infundido por este medio es lo que diferencia este delito del de estafa en la que se induce en error simulando órdenes de la autoridad.[201]

Los verbos, enviar, depositar, poner a disposición dentro de la descripción típica es la conducta a realizar por el sujeto pasivo a quien se le ha infundido temor y se le constriñe con tal propósito.

El objeto material de la acción típica es dinero, cosas, títulos, documentos. En cuanto a la naturaleza de la cosa un sector de la doctrina

[199] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 496.
[200] SOLER, Sebastián. *Derecho Penal.* Tomo IV, p. 404.
[201] FEBRES CORDERO, Héctor. Ob. cit. Tomo I, p. 499.

considera que pueden ser muebles e inmuebles, otro sector sostenido fundamentalmente por Mendoza Troconis y Febres Cordero considera que sólo las cosas muebles pueden ser objeto de la acción típica porque son las que se pueden depositar, enviar o poner a disposición. Ahora bien, a través de un documento se puede trasmitir la propiedad de un inmueble, por lo que sólo de manera indirecta puede verse afectado el derecho de propiedad sobre este tipo de bien como consecuencia de una acción extorsiva.

En cuanto a los documentos o títulos en la reforma se suprimió la expresión que contenía el Código reformado "que produzcan algún efecto jurídico". Algunos autores consideran que el documento o título puede versar sobre aquellos que afectan el honor de las personas cuando pueden ser utilizados con fines de defraudación, tal como lo sostiene Cuello Calón. Otros por el contrario sostienen que debe ser de contenido patrimonial, y ello sería lo más acertado en atención a que el delito se encuentra ubicado en los delitos contra la propiedad y este es el bien jurídico que en definitiva se tutela y que pretender ser lesionado por el agente. Es esta la opinión de Eusebio Gómez, Ricardo Núñez y Barrera Domínguez.

El tipo contiene una forma agravada siendo la circunstancia que lo agrava el medio a través del cual se infunde temor y con el que se logra constreñir a la víctima, consistiendo en la amenaza de ejecutar un acto del cual puede derivarse, calamidad, infortunio o peligro común, verbigracia, incendio, naufragio, explosión, inundaciones, contaminación de aguas, en fin algunas de las conductas que puedan ser constitutivas de los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados.

En cuanto a la parte subjetiva se trata de un tipo eminentemente doloso. En lo que respecta a la penalidad vale destacar que no operan las formas atenuadas de pena especificadas en los artículos 480 y 482 del Código Penal.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de extorsión. Antes 461, ahora 459.

- Se modificó la penalidad para este delito. Antes era de **presidio** de 3 a 5 años. Ahora es de **prisión** de 4 a 8 años.
- El artículo reformado no exige "*...que produzcan algún efecto jurídico,...*".
- El segundo aparte es una novedad.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

«*La extorsión y el secuestro son los únicos delitos contra la propiedad en que el apoderamiento no es simultáneo a la lesión del derecho: en el hurto, apenas se produce el apoderamiento hay la lesión consumada contra la propiedad; en el robo, apenas hay el apoderamiento se ocasiona la lesión consumada; en la estafa, apenas hay el apoderamiento (merced a la entrega de la cosa por el engañado) se ocasiona la lesión; y en la apropiación indebida, apenas hay el apoderamiento (a causa de la abusiva ejecución de actos de dominio e inversión consiguiente del título de la posesión) existe una lesión consumada al derecho de propiedad. En cambio, en la extorsión y el secuestro se puede producir la lesión al derecho de propiedad (cuando las víctimas se despojan de sus bienes y los envían al delincuente) y luego, después de transcurrido un tiempo, producirse el efectivo apoderamiento de los objetos por parte del culpable.*» (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Número 763 del 02/06/2000. Ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros).

Jurisprudencia Extranjera:

ARGENTINA

"*Extorsión. Artículo 168 del C.P. Elementos del tipo: Intimidación.*

Uno de los elementos del delito de extorsión es la intimidación, razón por la cual es necesario que ésta se verifique para la concurrencia de la extorsión, esto es, que medien la violencia moral o las amenazas." (Cámara Nacional de Casación Penal. 15/11/98. Número 1381).

COLOMBIA

"*Corresponde dejar sin efecto la sentencia que sobreseyó definitivamente en la causa, por inexistencia del delito de extorsión, sosteniendo que la*

conducta del denunciado estaba enderezada a hacer valer derechos adquiridos legítimamente, apartándose de lo que fue objeto de la denuncia, en la que se imputó a los abogados denunciados una actitud extorsiva consistente en exigir una suma de dinero bajo la amenaza de denunciar una eventual infracción penal cometida como consecuencia de la venta de un inmueble, y también hechos reconocidamente inexistentes." (Corte Suprema de Justicia. Número 25.515. 16/11/89).

DELITO DE SECUESTRO

Artículo 460

"Quien haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con prisión de veinte años a treinta años. Si el secuestro se ejecutare por causar alarma, la pena será de diez años a veinte años de prisión.

Quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material, que permita, faciliten o realicen el cautiverio, que oculten y mantengan a rehenes, que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate, que obtengan un enriquecimiento producto del secuestro de personas, por el canje de éstas por bienes u objetos materiales, sufrirán pena de prisión no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, aun no consumado el hecho.

Parágrafo Primero: *Los cooperadores inmediatos y facilitadores serán penalizados de ocho años a catorce años de prisión. Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizado por la autoridad competente.*

Parágrafo Segundo: *La pena del delito previsto en este artículo se elevará en un tercio cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas, o cuando la víctima sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico. Si la persona secuestrada muere durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima. Si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos, la aplicación de la pena será en su límite máximo.*

Parágrafo Tercero: *Quienes recurran al delito de secuestro con fines políticos o para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, se les aplicará pena de doce años a veinticuatro años de prisión.*

Parágrafo Cuarto: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos anteriores, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de la ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena."*

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Secuestrar (aun cuando no consiga su intento-finalidad).

Medios de Comisión: Los idóneos.
Sujeto Pasivo: Cualquiera.
Elemento Subjetivo: Para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan efecto jurídico a favor del culpable o de otro que éste indique.
Penalidad: 20 a 30 años de prisión.
Sub – Tipo Atenuado: Última oración del encabezado. Si se ejecuta para causar alarma. Prisión: 10 a 20 años.

1. Doctrina:

En la nueva regulación del secuestro aparecen las siguientes modalidades:

a) Secuestro como delito contra la propiedad.

La primera modalidad de secuestro se trata de un delito pluriofensivo en el que se tutela el bien jurídico libertad ambulatoria y propiedad. Este doble atentado se traduce en pluralidad de sujetos pasivos en atención a quien sea el titular del bien jurídico afectado. Es así que la persona privada de libertad es el sujeto pasivo del bien jurídico libertad y la persona que resulte afectada en la situación patrimonial es el sujeto pasivo del bien jurídico propiedad. La lesión al bien jurídico propiedad puede recaer sobre el mismo sujeto privado de libertad, pues al descripción típica señala "para obtener de ella o de un tercero".

En cuanto a la situación de afectación al bien jurídico al igual que todas las modalidades del delito de secuestro es un delito permanente por cuanto supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por la voluntad del autor, por ello el delito se sigue consumando hasta que cesa la privación de libertad. El carácter de delito permanente tiene trascendencia a los efectos de establecer el Tribunal competente, que lo será según las previsiones del artículo 57 del Código Orgánico Procesal Penal el del lugar en el cual haya cesado la permanencia y para establecer el inicio del cómputo del lapso prescriptivo, el cual según las previsiones del artículo 109 del Código Penal comenzará correr desde el día que cese la permanencia.

En esta primera modalidad la conducta típica es secuestrar lo que significa aprehender o retener a una persona para exigir dinero por su rescate. En cuanto a los medios es un tipo de medios resultativos, por lo que todo medio que sea idóneo para hacer efectiva la privación de libertad del sujeto pasivo se admite según las exigencias típicas. Febres Cordero admite la astucia, el fraude o la intimidación, así como la fuerza física. El delito puede iniciarse de manera positiva o sobre una persona que ya esté privada de libertad por otra causa. Una privación de libertad preexistente, legítima o ilegítima, a juicio de Soler puede transformarse en secuestro extorsivo ulteriormente, mediante la agregación de la exigencia del rescate. Lo indispensable es que la detención sea efectiva y que a ella no pueda sustraerse el que la sufre, por ello el delito se considera consumado con la simple privación de libertad. [202]

El tipo señala de manera categórica el momento consumativo del delito al utilizar la expresión "aun cuando no se consiga su intento", por lo que el delito se consuma en el momento en que se priva de la libertad a la persona con el ánimo de lucro, por ello aun cuando no se lesione el bien jurídico propiedad lo que devendría como consecuencia de la entrega del rescate, el delito se estima consumado, lo que ha llevado a los autores a sostener que en este caso se castiga la tentativa.

El objeto material de la acción típica es la persona física en cuanto a su libertad ambulatoria que es aquella que permite al ciudadano trasladarse de un lugar a otro sin necesidad de atender las alcabalas que imponen algunos rigorismos propios de las actitudes que justifican o no la necesidad de coartarla como la define Carmelo Borrego, o como el estado del hombre que no está bajo arresto ni detención y que goza de la posibilidad de ir y venir, como la define Brewer Carías.

En cuanto al bien jurídico propiedad el objeto material de la acción típica es dinero, cosas, títulos o documentos, los que han de ser puesto a disposición del sujeto activo del delito o de otro que éste indique. La conducta del otro sujeto indicado por el agente, puede ser de coautor o cómplice según la conducta que llegué a desplegar.

[202] FEBRES CORDERO, Héctor. Obra citada. Pág. 137.

No debe confundirse este delito con el de privación de libertad con fines de lucro. En este último delito el lucro, proviene de la circunstancia misma de mantener encerrada al sujeto pasivo, verbigracia, el que se pueda obtener poniéndola a trabajar, por lo que el lucro depende de la continuación de la privación de libertad, mientras que en el secuestro, el lucro consistente en la obtención del dinero, las cosas, los títulos, los documentos, se pretende como precio de la libertad, es decir, para que cese la privación de libertad, y no por la privación misma. El fin perseguido por el agente distingue un delito del otro, ya que en la descripción del artículo 174 se pretende explotar la detención de la persona, y en el artículo 460 se comercia con su liberación.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de un delito eminentemente doloso en requiriéndose la intención de secuestrar y de obtener el rescate, resultando indiferente que el culpable pretenda obtener el precio de la libertad del secuestrado mismo o de un tercero, como que obre en beneficio propio o de otro, siendo necesario que el agente indique al tercero.

b) Secuestro para causar alarma

En esta modalidad de secuestro el bien jurídico tutelado es la libertad. Lo más correcto sería insertarlo en los delitos contra la libertad y no en el Título X del Código Penal, porque aquí no existe lesión alguna al bien jurídico propiedad. Esta modalidad aparece en Venezuela en la reforma de 1964. Para Grisanti este secuestro se perpetra no con el fin de cobrar un rescate a cambio de liberar a la persona ofendida, sino para causar alarma en la colectividad y alterar el orden público, casi siempre con un fin de orden político, por lo que para el autor es un delito contra el orden público. Encuentra el autor sus orígenes en el secuestro del futbolista Alfredo Di Stéfano por un grupo armado el 24 de agosto de 1963, siendo liberado dos días después sin haberse pedido rescate. El 27 de noviembre del mismo año, también fue objeto de un secuestro por parte de un grupo armado, sin haberse pedido rescate, el Coronel norteamericano James Chenáult, miembro de la Misión Militar Norteamericana en Venezuela, hechos que motivaron la sanción de esta nueva modalidad de secuestro.[203] En igual sentido Febres Cordero cuestiona

[203] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 307.

la inclusión en este Título del Código Penal. Según la función de sistematización que cumple el bien jurídico lo más acertado sería que este delito se incluyera en el Título Segundo del Código Penal en los delitos contra la libertad por existe lesión a un bien de esta naturaleza y en virtud del móvil de la alarma y las consecuencias que puede generar en cuanto a la tranquilidad del colectivo, ser considerado como una forma agravada del delito de privación ilegítima de libertad descrito en el artículo 174 del Código Penal.

c) Diversas formas de autoría y participación en el delito de secuestro.

En el primer aparte aparecen nuevas descripciones, precedidas de la siguiente expresión "quienes utilicen cualquier medio para planificar, incurrir, propiciar, participar, dirigir, ejecutar, colaborar, amparar, proteger o ejercer autoría intelectual, autoría material". Los anteriores verbos se relacionan con diversos actos preparatorios y ejecutivos constitutivos de conductas del autor intelectual o material de las siguientes conductas típicas:

- Actos relacionados con el cautiverio a los fines de permitirlo, facilitarlo o realizarlo.
- Actos relacionados con el ocultamiento y mantenimiento de rehenes que hagan posible el secuestro, extorsión y cobro de rescate.
- Obtención de enriquecimiento producto del secuestro por el canje de personas por bienes u objetos materiales.

Estas conductas se despliegan con posterioridad a la consumación del delito de secuestro descrito en el encabezamiento del artículo 460, en atención a que son actos que requieren realizarse dado el carácter permanente del delito y el *iter* por el que discurre en el que se requiere la participación de guardianes para el cautiverio, los cambios periódicos del mismo, o que se oculte momentáneamente a los rehenes, conductas éstas necesarias para poder mantener la permanencia de afectación del bien jurídico libertad, poder infundir temor en familiares o allegados a quienes se les pide el precio del rescate y en fin todo lo que sea necesario para el cobro del rescate como propósito de los diversos autores y partícipes, forma en la que se lesiona el derecho de propiedad.

Dentro de estas conductas se incorpora que la persona que ha sido secuestrada se cambie por bienes u objetos materiales, por lo que el sujeto pasivo del bien jurídico libertad, pasa de manos de unos secuestradores a otros y se castiga a quien obtenga enriquecimiento producto del secuestro por tal canje.

La pena es menor que la del tipo básico del delito de secuestro (no menor de quince años ni mayor de veinticinco años de prisión), pena que se impone aun cuando no se haya materializado la lesión al bien jurídico propiedad, pues como se señaló el delito quedó consumado con la privación de libertad.

En el parágrafo primero de la norma se fija una regla específica para la sanción a imponer a los cooperadores inmediatos y facilitadores a quienes no se les aplican las reglas del amplificador del tipo contenido en los artículos 83 y 84 del Código Penal, sino que se prevé una pena que oscila entre los ocho años y los catorce años de prisión, por lo que en estos casos deberá el juzgador aplicar la pena normalmente aplicable según la regulación del artículo 37 del Código Penal. Contiene el tipo expresiones demasiado amplias o abiertas que pueden conducir a problemas de interpretación y aplicación de la norma, tal como "los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate."

En este parágrafo se hace referencia a que se castiga con la anterior pena de ocho a catorce años de prisión a quienes intermedien sin estar autorizado por la autoridad competente, supuesto este ya regulado en el Código reformado en el artículo que había sido interpretado por la doctrina como una norma especial en cuanto a la participación en el delito de secuestro, y que se aplicaba a todos aquellos a quienes sus actos no pudieran atribuírseles a título de autor ni de cómplice. A pesar de esta regulación observamos como en el artículo 461 se mantiene la letra del artículo 463, descripción que es la misma de este parágrafo y que puede presentar problemas de aplicación en cuanto es la pena a imponer en estos casos en que una persona no autorizada intermedie entre los secuestradores y los familiares del secuestrado.

d) Secuestro agravado

Las circunstancias que agravan al delito de secuestro según las previsiones del Parágrafo Segundo son:

1) En atención al sujeto pasivo, cuando se realice contra niños, niñas, adolescentes y ancianos, o personas que padezcan enfermedades y sus vidas se vean amenazadas.
2) En atención a los actos ejecutados lesivos a otros bienes jurídicos de las víctimas, tal como que sea sometida a violencia, torturas, maltrato físico y psicológico.
3) En atención a otro resultado lesivo tal como que la persona secuestrada muera durante el cautiverio o a consecuencia de este delito, se le aplicará la pena máxima.
4) En atención al sujeto activo, si en estos delitos se involucraran funcionarios públicos.

e) Secuestro por móvil político.

El secuestro puede tener un móvil distinto al de canjear a la persona por un precio o rescate y ese es político. En este caso el bien jurídico objeto de tutela es la libertad ambulatoria, por lo que más correcto sería su tipificación en el delito de privación ilegítima de libertad y no su inclusión en los delitos contra la propiedad, porque este bien jurídico no resulta lesionado con la conducta típica y el resultado buscado.

f) Secuestro con lesión al bien jurídico administración de justicia.

Otra modalidad de secuestro es esta última modalidad que constituye un delito pluriofensivo en cuanto a los bienes jurídicos protegidos a través de la incriminación, porque además de tutelarse la libertad de la persona secuestrada se tutela a la administración de justicia cuando al móvil del secuestro es para exigir liberación o canje de personas condenadas por Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. En este supuesto no se lesiona el bien jurídico propiedad a pesar que se inserta en los delitos de esta especie, lo más acertado sería regularlo en los delitos contra la libertad o en los delitos contra la administración de justicia.

EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN DESAUTORIZADA EN EL SECUESTRO

1. Breve alusión a la evolución legal del delito de secuestro.

El delito de secuestro de personas fue establecido por primera vez en la legislación penal venezolana en el artículo 417 del Código Penal de 1897.

Luego, en la reforma del año de 1964 este hecho punible experimentó algunas modificaciones. Conforme al artículo 462, no sólo se le aumentó la pena, que de cuatro a nueve años de presidio, se elevó de diez a veinte años de presidio, sino que además se le incorporó un aparte, el de su comisión con el fin de causar alarma, con una sanción de dos a cinco años de presidio.

Dicha figura delictiva quedó desde entonces, con motivo de esta reforma, en los términos siguientes:

> *"El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con presidio de diez a veinte años.*
>
> ***Si el secuestro se ejecutare para causar alarma, la pena será de dos a cinco años de presidio.*** *" (Negritas nuestras para destacar la reforma tratada).*

La inclusión del aparte que hacemos referencia no fue una excepción a la razón de ser de muchas de las otras disposiciones reformadas en aquel entonces en dicho cuerpo legal, más bien confirmaba la regla: la realidad histórica vivida en esos tiempos como motivo de una regulación legal casuística, lo cual fue calificado como un error de técnica legislativa.

Sobre el particular, el profesor Jorge Sosa Chacín recuerda los secuestros del conocido futbolista Di Stefano y del Coronel Smolen, funcionario militar de la Embajada norteamericana en Caracas, que fueron perpetrados en esa época con el único fin de causar alarma pública.

La crítica de dicho jurista a la labor legislativa con ocasión de esta nueva modalidad de secuestro fue contundente, y estuvo dirigida, entre otras cosas, hacia los siguientes aspectos:

a. La ubicación de tal aparte fue errónea, no consiguiéndose a su juicio el fin perseguido por el legislador, dado que al incluirlo dentro del secuestro, como delito contra la propiedad, que exige propósito lucrativo, no era este el objeto de protección de la novedosa figura, porque con ella no se atacaba la propiedad, ni era tampoco el elemento subjetivo del injusto que constituía el ánimo perseguido por su agente.

En tal sentido, señaló el doctor Sosa Chacín que "la reforma complicó y llenó de trabas el asunto, porque para poder imponer, a nuestro criterio, la pena fijada por el aparte, será necesario el fin de lucro y la intención de causar alarma. Si lo que se quería era sancionar la sustracción de persona con el único fin de causar alarma pública, lo más lógico hubiese sido colocar el aparte dentro de los delitos contra la libertad individual y haberle dado una redacción más clara que permitiera interpretar la ley de acuerdo con la intención del legislador."[204]

b. Por otra parte, en su opinión la fórmula "por causar alarma" resultó inadecuada por imprecisa, genérica, lo cual no reflejaba la idea que se quiso plasmar en la reforma que era sancionar a los secuestradores de una persona con el fin de alterar la paz pública, poniendo en peligro la seguridad del Estado.

2. La nueva figura de intermediación desautorizada en el secuestro.

Recientemente, el delito de secuestro terminó sufriendo otros cambios, esta vez mucho más abundantes y sustanciales, vertidos en la que hasta ahora resulta la última versión de nuestro Código Penal.

En fecha 16-03-05, entró en vigencia la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, la cual, en virtud de los errores materiales de su publicación original, fue reimpresa el 13 de abril de 2005, en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario.

[204] SOSA CHACÍN, Jorge. *Derecho Penal. Tomo Primero. Introducción – La Ley Penal.* Segunda edición. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1978, p. 114.

El hecho punible en cuestión, a pesar de que mantiene algunas de las características de su antecesor, ahora es preceptuado en un extenso artículo, el 460, del reformado Código Penal.

Al revisar la nueva figura delictiva de intermediación desautorizada en el secuestro (parágrafo primero) advertimos algunos aspectos que de seguidas apuntamos.

Aunque el delito de secuestro al que está adscrita está tipificado para proteger fundamentalmente la propiedad (dinero, cosas, títulos o documentos a favor del culpable o de otro que éste indique), lo cual, además de su ánimo lucrativo, es lo que lo caracteriza como un delito contra dicho valor patrimonial, con esta figura de la intermediación desautorizada se plantearía más bien la protección de la administración de justicia, según aparece de la parte final de su Parágrafo Primero.

En efecto, de manera innovadora se castiga al particular que, a pesar de la acción o no de la justicia pública, asume con su conducta individual la búsqueda de un acercamiento entre las partes, para que se produzca una solución privada al conflicto surgido por el delito de secuestro, a través de su intermediación entre víctima y victimario.

Esta realidad llama la atención, dado que es contradictoria con la tutela jurídica asignada al delito de secuestro, que como sabemos no es otra que la propiedad. Se trata entonces de un problema que se presenta muchas veces en las reformas parciales de los textos sustantivos: la inclusión forzada de nuevos delitos en la normativa de las figuras delictivas existentes, pero destinados no sólo a proteger jurídicamente intereses diferentes sino con elementos subjetivos del injusto (el ánimo del agente) adscritos a otros valores.

En este caso, tenemos que el secuestro es un delito contra la propiedad, cuyo autor lo ha de mover un ánimo lucrativo. Por su parte, la intermediación desautorizada en el secuestro lo que comprendería sería una intrusión en un terreno correspondiente al desenvolvimiento de la administración de justicia. Por ende, lo que orientaría a su autor no sería precisamente el interés lucrativo, de obtener una recompensa en perjuicio del patrimonio del secuestrado, como precio de su libertad, sino que se logre acercar a las dos partes con el fin de que alcance un acuerdo privado de liberación del rehén, obviando la acción de la justicia pública, que ha sido activada con motivo del secuestro.

De lo señalado tenemos que, independientemente de la justificación de su tipificación, la intermediación desautorizada en el secuestro debiera estar entre los delitos contra la administración de justicia, y no formando parte de aquellos que afectan el derecho de propiedad de las personas.

Otro problema que notamos es que la conducta prohibida no cumple con el requisito de taxatividad o precisión (*lex certa*) del principio legalidad sustantivo penal. Cuando simplemente se dice: "**Igualmente, los actos de acción u omisión que facilite o permita estos delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate, y que intermedien sin estar autorizado por la autoridad competente**", encontramos, entre otros, problemas de redacción, pero sobre todo de imprecisión o vaguedad de lo que estima proscrito el tipo legal.

Por ello, de la lectura del parágrafo es válido que surjan las siguientes preguntas: ¿intermediar en qué?, ¿en cuál de los delitos de secuestro (por el uso del plural: "secuestros")? Así mismo, ¿cómo es que la intermediación abarcaría también la extorsión y otro hecho punible denominado por la norma como ¡cobro de rescate!?.

Igualmente, cuando el legislador usa el término "intermedien", que aparece en plural, sin estar "autorizado", en singular, ¿querrá decir que se trata necesariamente de un delito plurisubjetivo? Literalmente pareciera que es así, pero a nuestro modo de ver las cosas pudiera no ser ese el sentido de la norma. En todo caso, debe tratarse de un error material, por cuanto si fuesen varios los sujetos activos, para que sus conductas sean calificadas de delictivas, todas, y cada una de ellas, tendrían que haberse materializado sin autorización de la autoridad competente (autorizados, y no "autorizado").

Por otro lado, observamos cuando menos una cacofonía cuando se utiliza el término los "actos" de acción, dado que se supone que toda acción, y hasta toda omisión, comprenden un acto. En cualquier caso en vez de actos de acción u omisión bastaba con usarse la expresión "comportamiento o conducta", que comprende, desde hace un buen tiempo en la doctrina del Derecho penal, tanto la acción como la omisión.

A esta altura de nuestra exposición caemos en otro problema. Si se habla de los "actos", o sea de varios, de acción u omisión, ¿cómo es que

se usan los términos "facilite o permita" tales delitos de secuestros, extorsión y cobro de rescate?

Por otra parte, algo que tampoco está claro es el doble uso de la figura del facilitador, en el Parágrafo en estudio. Al comienzo se le prevé conjuntamente con los cooperadores inmediatos, con el término "facilitadores", suponemos que del secuestro. Curiosamente, después del punto y seguido, se castigaría al que "facilite" los actos de acción u omisión de los delitos de "secuestros, extorsión y cobro de rescate", "y que intermedien sin estar autorizado por la autoridad competente.".

Pues bien, la pregunta que surge es ¿será entonces que la facilitación de la parte inicial alude a lo tipificado precedentemente en el delito de secuestro, y la de la parte siguiente sólo se refiere a la controversial intermediación desautorizada en el mismo?

La respuesta a dicha interrogante cede ante otro punto que demanda revisión inmediata: un tratamiento paritario en dicho Parágrafo de la cooperación inmediata con la facilitación, lo cual, en principio, sólo nos lleva a entender que el legislador le atribuyó a dicha facilitación el carácter de una complicidad necesaria, cuando le asigna la misma pena que a la cooperación inmediata.

No obstante, la incógnita que advertimos es otra: ¿por qué la norma favorece especialmente estas formas de participación en el delito de secuestro, fijándole una sanción muy por debajo a la que legalmente tendría atribuida, que sería la misma del autor material, rompiendo así con la regla general de igualdad de penas que para todos estos sujetos contemplan los artículos 83 y 84 del Código Penal (partiendo de que se trata de cooperadores inmediatos y facilitadotes necesarios)?

Nótese que la pena dispuesta expresamente en la norma en estudio, para los cooperadores inmediatos y los facilitadotes, es de ocho a catorce años de prisión, cuando, de no haberse regulado al respecto, según los mencionados artículos 83 y 84 del Código Penal, sería de prisión de veinte a treinta años, que es la misma que le correspondería al autor principal del secuestro.

Pero regresemos al análisis específico del delito que nos ocupa. Estamos hablando de una intermediación no autorizada por la autoridad competente, por parte de personas que generalmente estarían dedicadas en forma profesional a tal actividad, lo que por supuesto no excluiría a quienes lo hicieran de forma meramente circunstancial.

Ahora bien, es imperativo aclarar el significado del término "intermedien". En tal sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define la intermediación como la acción y efecto de intermediar, que equivale a actuar poniendo en relación a dos o más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo.

Así las cosas, se trataría del sujeto que se interpone o media entre los perpetradores (sujetos que privan a una persona de su libertad con el propósito de obtener una recompensa, causar alarma, que proceden por fines políticos, o para exigir la liberación o el canje de personas condenadas por Tribunales de la República), o demás partícipes del delito (instigadores o autores intelectuales, cooperadores, cómplices), y las personas relacionadas con el secuestrado (familiares o amigos). Esto, con el fin de servir de puente comunicante entre las partes, que las acerca para que se pongan de acuerdo, a espaldas del titular de la acción penal, del Ministerio Público.

En tal sentido, pensamos que la autoridad competente para autorizar una mediación podría ser el Ministerio Público, que como acabamos de referir es el titular de la acción penal, o sea, en pocas palabras el perseguidor oficial. Dado que éste funcionario es el que se encarga de todo lo relacionado con la dirección, coordinación y promoción de la acción penal, lo cual comprende el desarrollo de la investigación de los delitos de acción pública, pues bien sería a él (y no a la policía que a estos efectos es su subordinada) al que correspondería resolver una eventual intermediación.

Así las cosas, estaríamos hablando de un sujeto a quien dicha autoridad, bajo su criterio, consideraría apto para contribuir en la solución del problema. Pero, ¿quién sería este individuo?, ¿en qué consistiría su colaboración?, ¿se trataría realmente de una intermediación? De ser así, ¿entre quiénes existirían dicha intermediación? En pocas palabras, de aceptarse algo así, ¿cuál sería el papel del titular de la acción penal, y de los policías que actuasen en el asunto, dirigir al intermediario para que victimario y víctima alcancen un acuerdo, es decir, la justicia pública convertida en promotora y coordinadora de una solución privada del conflicto?

En todo caso, vemos que el consentimiento, atribuido a una autoridad, es usado en sentido negativo por el legislador como requisito del tipo, o sea, su otorgamiento equivale a un motivo de atipicidad. No obstante, como acabamos de reflexionar, paradójicamente tal autorización plantearía no pocos problemas de interpretación.

Pero, por otra parte, ¿en el caso de que el problema fuera asumido directamente por familiares del secuestrado, podría calificarse a éstos de posibles responsables del aludido delito de intermediación desautorizada?

En nuestra opinión, una acción de parientes cercanos del secuestrado, que conforme al artículo 219 del Código Penal son su cónyuge, sus ascendientes y descendientes, sus tíos y sobrinos, sus hermanos, y los afines en el mismo grado, dirigida a un acuerdo con los secuestradores, para ponerle fin a tan oprobioso acto, a través de una comunicación directa con ellos, no podría ser castigada.

En efecto, jurídico-penalmente el comportamiento de dicho pariente no sería culpable, no sería responsable de delito, en razón de que habría actuado en un supuesto de estado de necesidad, denominado también de no exigibilidad de una conducta distinta a la que tuvo que seguir, previsto en el numeral 3.4 del artículo 65 del Código Penal, que establece que no es punible:

> "El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo."

Así tenemos entonces que el familiar estaría actuando en una situación de constreñimiento, por la presión de las circunstancias de peligro grave en las que se encuentra su pariente secuestrado. Por ello, el que teniendo tal vínculo lleve a cabo un acto de esta naturaleza nunca se le podría exigir, racionalmente, un comportamiento conforme a la norma: "autorizado por la autoridad competente", sencillamente no se le podría pedir que actuase de una manera distinta a como lo hizo.

Es importante aclarar, a aquellos que pretendiesen circunscribir el estado de necesidad exclusivamente a casos de salvaguarda de la "persona", entendida ésta nada más como vida e integridad física, que dentro del concepto de persona quedan comprendidos también el de libertad y

honor de ésta, entre otros valores del ser humano. Con ello queremos decir que el familiar podría pues, con el propósito de salvar no sólo la vida y la integridad de su pariente secuestrado, sino igualmente su libertad, tratar de ponerle fin al cautiverio a través de una negociación con los captores, sin la autorización de la autoridad competente, lo cual como hemos dicho varias veces no sería punible.

Precisamente, un caso expresamente previsto en la ley de estado de necesidad lo encontramos en el encubridor de parientes cercanos, contemplado en el artículo 257 del Código Penal:

> "No es punible el encubridor de sus parientes cercanos."

Como puede verse el estado de necesidad, como figura que le quita al hecho el carácter de culpable, y por ende de punible, es admitido para uno de los delitos que afectan la administración de justicia, lo cual sería un ejemplo que autorizaría la posibilidad de su aplicación a la nueva figura punible de intermediación desautorizada en el secuestro, que como dijimos, podría ser calificado también como atentatorio contra la justicia pública.

Por último, debemos advertir que llama también la atención que el delito de intermediación desautorizada en el secuestro constituiría en el fondo una negación a la posibilidad de que un tercero, que aun no siendo pariente cercano del secuestrado, pudiese actuar sin culpabilidad, bajo el estado de necesidad conocido como "auxilio de un tercero", que es cuando se procede a salvar a otra persona de un peligro grave e inminente, lo cual, constituye igualmente una causa de no punibilidad según el numeral 3.4, del artículo 65 del Código Penal.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de secuestro. Antes 462, ahora 460.
- El artículo reformado no exige *"...que produzcan un efecto jurídico cualquiera..."*.
- Se modificó la penalidad para este delito. Antes era de presidio de 10 a 20 años. Ahora es de prisión de 20 a 30 años.

- El primer aparte del anterior artículo quedó contenido en el encabezado del artículo reformado. La penalidad aquí establecida también fue modificada. Antes era de presidio de 2 a 5 años. Ahora es de 10 a 20 años de prisión.
- El primer aparte de este artículo reformado es una novedad, así como también los parágrafos del primero al cuarto.
- Se agregó un parágrafo único que elimina los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

COLOMBIA

"Sostiene el demandante que la privación de la libertad de los empleados de JOHN RESTREPO Y CÍA «duró escasos minutos», hecho que no da lugar a considerar la conducta como «punible autónomo» de secuestro. Esta alegación, carece de pertinencia en relación con la decisión impugnada, dado que el artículo 269 del C.P. anterior, norma que sirvió de sustento al fallo de condena, no exige en su estructura determinado tiempo para la consumación del delito. La deducción del censor, de negar el secuestro en razón del breve lapso durante el cual estuvieron privadas de libertad de locomoción los ocupantes del furgón, se obtiene a partir de una aseveración jurídica inexacta, puesto que el tipo penal descriptivo del secuestro no exige ninguna circunstancia temporal para su estructuración. La Corte en casación sólo tiene competencia para verificar si el Tribunal incurrió en un error de tal magnitud que, por viciar de ilegalidad del fallo, amerita ser corregido, situación ésta última que no corresponde a este asunto. La argumentación del censor se compadece más con un alegato de instancia, inane en esta sede, cuando se limita a oponer a los de la sentencia sus propios puntos de vista. Una es la acción que se realiza mediante el apoderamiento con violencia de un objeto mueble y otra la de privar de la libertad de locomoción a las personas que ejercen sobre el bien hurtado posesión, tenencia o contacto físico. Cada uno de estos actos son separables, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno supone una maniobra sobre el objeto del hurto, para cambiar su disponibilidad, otra supone un retener, arrebatar o sustraer a una persona de su

autonomía de permanecer o no en determinado lugar. En el aspecto subjetivo, es distinta la representación del resultado de un apoderamiento de cosa mueble, que el de privar a una persona de su locomoción. La voluntad de ejercer ambas conductas con sus específicos resultados puede concurrir en un mismo momento, sin que por ello las acciones dejen de ser separables. Por ello la posibilidad jurídica plena de conformar el concurso delictual. La Corte se ha referido ya a este preciso aspecto, para sostener que el breve tiempo transcurrido de privación de la libertad y la consumación del hurto calificado por la violencia no es óbice para la formación del concurso entre los delitos de hurto calificado y secuestro simple. «El argumento de que para la realización de otros delitos como el hurto o la extorsión no puede haber una privación momentánea de la libertad, no resulta acertado, pues cada uno contiene una acción diversa que constituye el eje central de las conductas típicas en discusión. La limitación de la locomoción aquí acaeció, así hubiera sido temporal y así los encartados no hubieran tomado el mando del timón.....» Carece de relevancia la observación del censor en el sentido de afirmar que al Tribunal no le era dable imputar el delito de secuestro simple, por no estar acreditado en las diligencias que el procesado hubiere obrado con el «dolo específico» de secuestrar. La descripción con la que el legislador ha tipificado el delito de secuestro simple no ha involucrado un tipo subjetivo específico, como sí lo hace para el secuestro extorsivo para el cual le señala un fin determinado. Basta la conciencia que se tenga sobre la libertad de locomoción que se coarta de manera ilícita y la voluntad de limitarla. 2. El censor cuestionó al Tribunal por indebida aplicación de una norma sustancial en el proceso de «subsunción de la conducta óntica» a la norma que se debía aplicar para alegar un supuesto concurso aparente de tipos. Era imprescindible, para que el argumento del demandante pudiera prosperar, demostrar que la norma seleccionada y aplicada del secuestro simple correspondió a un defectuoso proceso de adecuación típica; que la privación de la libertad -de los empleados de JOHN RESTREPO Y CÍA.- corresponde a un elemento estructural del delito de hurto calificado, o que la adecuación de la conducta a este último excluía la disposición tipificadora del secuestro, o que recíprocamente estos tipos penales son subsidiarios o que, uno de ellos, por la complejidad de su estructura típica, comprende o absorbe o consume al otro. Sin embargo, ninguno de estos propósitos fue objeto de la labor realizada en la demanda*

*por el recurrente, omisión que con las demás a que se hace referencia en esta providencia, conducen a la falta de demostración del yerro atribuido a la sentencia de segunda instancia, lo que por ende conduce al fracaso del cargo. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han decantado varias pautas interpretativas, que emergen, desde luego, de la misma ley, específicamente la que regula el concurso (real o ideal) de delitos. La especialidad, alternatividad, subsidiariedad o la consunción permiten definir si un hecho está simultáneamente comprendido en varias disposiciones, de tal manera que la aplicación de una de ellas excluya las restantes. Es evidente que para los juzgadores de instancia ninguna de estas posibilidades permitían descartar el concurso del hurto con el secuestro simple, porque un tipo no es principal del otro ni por sus elementos ni por su descripción y menos aun por el bien jurídico que con la prohibición de esas conductas se protegen. El factor violencia, no subsume privación de la libertad, ni siquiera las lesiones, como por ejemplo ocurre en un evento de hurto con violencia de la cual se producen lesiones personales, en cuyo caso el concurso del hurto con el de lesiones es evidente, pues la lesión, como consecuencia de la violencia no puede confundirse ni consumirse en esta expresión ni en su verdadera acepción. Por las mismas razones, tampoco en el caso de hurto de vehículos y privación de libertad de quienes lo tripulan, el apoderamiento de aquel subsume la retención de aquellos. Tampoco, desde luego, puede predicarse, ni el censor lo expuso, la existencia de un delito complejo de tal configuración que los elementos de una conducta punible considerada como simple se integren a otro o se convierta en su circunstancia modificadora, como ocurre con la contaminación de enfermedad de trasmisión sexual convertida en agravante de la violación. Menos todavía como posibilidades alternativas de conductas respecto de un mismo bien jurídico, como ocurre en algunos eventos de lesiones personales, calumnia e injuria o actos sexuales abusivos, pues son diferentes los bienes jurídicos en los casos de hurto y secuestro. Precisamente, en casos como el que aquí se analiza, el bien jurídico cumple una función sistematizadora evidente, justamente para configurar el concurso. *C.S.J. Sent. Cas. 29-03-2000, Rdo. 13331, M.P. DR. CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR."* (Fecha: 05/02/2002. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Número 13.662)

"Asiste razón al demandante en el cargo primero que formula a la sentencia por la indebida aplicación de los artículos 2 y 4 de la ley 40 de

1993, con base en los cuales se responsabilizó al procesado por el concurso de delitos de secuestro simple atenuado y hurto agravado y calificado (por la violencia sobre las personas de los ayudantes del vehículo repartidor de mercancías conducido por ...). El efecto de ese yerro judicial será la casación parcial de la sentencia, pero no para declarar, como erradamente lo solicita el defensor, la atipicidad de los delitos de hurto y de secuestro, sino para encajar el hecho declarado probado por el juzgador y admitido por el censor, exclusivamente en la hipótesis fáctica descrita en el tipo de hurto calificado por la circunstancia del numeral 1° del artículo 350 del C.P. con las demás agravantes y disminuciones punitivas de la acción ejecutada. 2. Cuando al apoderamiento en el hurto lo acompaña la violencia sobre las personas, si ésta es al menos concomitante con la realización de la acción, el atentado contra el patrimonio económico resulta calificado de conformidad con el numeral primero del artículo 350 del C. P. Si la violencia se produce subsiguientemente a la realización del núcleo de la conducta contra el patrimonio económico, el reato también resulta calificado, no se estructura otro ilícito, pero en este evento debe subsistir la conexidad teológica (para asegurar el producto o lograr la impunidad de los responsables) y la cronológica (inmediatez) entre la violencia y el resultado pretendido. La situación planteada en el acápite anterior es la que corresponde a la acción ejecutada por (...), pues la violencia sobre las personas, consistió en una retención fugaz, convirtiéndose esta última circunstancia en la razón para justificar la imputación como acción única en cuanto al delito contra el patrimonio económico, solución ésta con la que se hace prevalecer el principio del non bis in ídem. La decisión que se ha de adoptar se apoya igualmente en la forma, el lugar y el escaso tiempo que duró la custodia de los ayudantes, así como la posibilidad que tuvieron de movilizarse sin problema y riesgo, todo lo cual apunta hacía una acción ilícita única. La intención de la retención no fue atentar contra la libertad de locomoción de los ayudantes, este es un punto que aparece claro, vale decir, el delito de secuestro no llegó a configurarse, porque la momentánea o efímera retención asumió el carácter de violencia sobre las personas como calificante del hurto a la luz del numeral 1° del artículo 350 del C.P., por el cual se había acusado al procesado, más no llegó a afectar la libertad personal. De manera que no podía atribuirse con tino jurídico el concurso de punibles cuestionado con razón en la demanda. La retención de las personas concurrió con la consumación del apoderamiento, y persistió por

un espacio de tiempo ínfimo, sin solución de continuidad en relación con la consumación de la conducta contra el patrimonio económico. Existió inmediatez en estas acciones, y el tiempo durante el cual aquéllas fueron limitadas en su libertad fue mínimo y sin trascendencia en el ámbito propio de los delitos contra la autonomía personal. La evidencia y los hechos registrados, no cuestionados por el censor, llevan a concluir que en verdad se presentó la violación a la ley sustancial - artículos 2 y 4 de la ley 40 de 1993, que definen y sancionan el secuestro simple atenuado -, a los que se les dio aplicación indebida, siendo esta la razón para que, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, se case parcialmente la sentencia y se dosifique la pena conforme a la adecuación típica que corresponde al caso, con las precisiones que pasan a hacerse seguidamente." (Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Fecha: 30/05/2001. Número 11.954)

"La censura por errónea calificación de la conducta, como se ha señalado en diversas oportunidades debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, proponiéndose como error in procedendo para lograr la invalidación de la calificación y de esa manera obtener el proferimiento de una sentencia congruente con los cargos formulados acorde a los hechos demostrados. Sin embargo como se trata de un error de juicio, su demostración debe hacerse acorde a la técnica propia de la causal primera de casación, bien por la vía de la violación directa, por indebida aplicación o selección de la ley sustancial, o de la indirecta si fue que el yerro en mención se produjo a causa de una errónea apreciación probatoria originada en los falsos juicios de existencia o de identidad. 2. El argumento de que para la realización de otros delitos como el hurto o la extorsión puede haber una privación momentánea de la libertad, no resulta acertado, pues cada uno contiene una acción diversa que constituye el eje central de las conductas típicas en discusión. La limitación de la locomoción aquí acaeció, así hubiera sido temporal y así los encartados no hubieran tomado el mandc del timón; mediante el uso de armas de fuego y las amenazas verbales que en todo momento lanzaron, controlaron la situación y doblegaron la voluntad de los afectados." (Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Fecha: 29/03/2000 Número 13.311).

"Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que tratándose de violación directa de la ley sustancial, resulta de exigencia obvia aceptar en su integridad los hechos que declara como demostrados el fallo impugnado, para que a partir de esa conformidad se edifique la censura. En consecuencia, existe identidad absoluta del actor con la declaración de los hechos y la apreciación de las pruebas realizada por el juzgador, siendo el cuestionamiento eminentemente jurídico. Forzoso resulta afirmar que los impugnantes se equivocaron en la invocación de la modalidad escogida para acusar la sentencia con base en la causal primera de casación, ya que aunque denuncian violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal vigente para la fecha de los hechos, que llevó al juzgador a inaplicar el artículo 22 del Decreto 100 de 1980, no aceptan los hechos como fueron declarados por el Tribunal ni la apreciación de los medios de prueba. ... Surge notoria, entonces, la impropiedad en la que incurren los casacionistas al confundir al interior de un mismo cargo violación directa e indirecta, entremezclando dos motivos de casación inconciliables, porque, como insistentemente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, mientras en la violación directa el tema probatorio se halla vedado en cuanto se acepta la prueba considerada por el juzgador como sus deducciones, pues su cuestionamiento se centra en la inaplicación o infracción de la norma sustancial que debió regir el caso, o la aplicación de una que era impertinente o la interpretación de la que materialmente se aplicó; en la violación indirecta, en cambio, la discusión gira en torno al aspecto probatorio, por lo tanto, ambos motivos deben proponerse independientemente, so pena, de ser ineficaz el reparo. 2. De acuerdo a la redacción gramatical del entonces artículo 268 del Decreto 100 de 1980, no es determinante establecer si se realizó o no la aspiración de los plagiarios, pues la norma sólo exige como resultado el arrebatamiento, la sustracción, retención u ocultamiento de una persona, siendo suficiente para la consumación del delito que la conducta se realice con el propósito de exigir por su libertad «un provecho o cualquier utilidad», no siendo imprescindible, de contera, la obtención del provecho o utilidad buscado por el plagiario, dejando inalterable la consumación de la misma. De este modo, queda claro, que no hubo falta de aplicación del artículo 22 del Decreto 100 de 1980, ya que el delito de secuestro extorsivo se consumó cuando al señor (...) se le restringió su libertad de locomoción, siendo el propósito la exigencia de un provecho o cualquier utilidad, o para que se hiciera u omitiera algo con fines publicitarios de carácter político." (Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Fecha: 21/02/2002. Número 15.412).

ESPAÑA

«En realidad, cuando se trata de delitos dolosos de resultado el tipo no solo describe conductas, sino también resultados (STS nº 1837/2001, de 19 de octubre), de manera que lo relevante para el derecho a los efectos del artículo 77, que se refiere a hechos, no es solo la acción que conduce al resultado, sino, también éste, cuando el resultado es directamente querido por el autor, de manera que existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos. En este sentido, la STS nº 672/1999, de 24 de noviembre, antes citada, señala que "cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción. Quien persigue una pluralidad de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados. De ahí que el término «hecho» que refiere el art. 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término «hecho» incorpora tanto el disvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. artículo 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción".

En el caso actual, los acusados ejecutaron el secuestro de dos personas en un único curso causal, integrado por la acción violenta en la que privaron de libertad a la víctima y a su hijo de seis meses al encerrarlos en una vivienda, impidiendo a la primera hacer uso de su libertad personal, tanto como hacer efectiva la del menor que custodiaba, mientras lo tuvo en su compañía.

Se trata de una sola acción, pero de dos hechos en el sentido expuesto, por lo que deberá ser sancionado como un supuesto de concurso real» (Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sentencia nº 788/2003 de fecha 29/05/2003).

CAPÍTULO V
Del Aprovechamiento de Cosas Provenientes de Delito

DELITO DE APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DE DELITO

Artículo 470

"El que fuera de los casos previstos en los artículos 254, 255, 256 y 257 de este Código, adquiera, reciba, esconda moneda nacional extranjera, títulos valores o efectos mercantiles, así como cualquier cosa mueble proveniente de delito o cualquier forma se entrometa para que se adquieran, reciban o escondan dicho dinero, documentos o cosas, que formen parte del cuerpo de delito, sin haber tomado parte en el delito mismo, será castigado con prisión de tres años a cinco años.

Si el dinero, las cosas o los títulos valores o efectos mercantiles provienen de un delito castigado con pena restrictiva de la libertad individual con un tiempo mayor a cinco años, el culpable será castigado con prisión de cinco años a ocho años. Cuando el aprovechamiento de cosas provenientes de delito sea cometido por funcionario público encargado de la aprensión o investigación penal, individualmente o en concierto para delinquir, serán castigados con las penas previstas en el último aparte de este artículo y procederá su destitución inmediata del cargo que ejerza.

En los casos previstos en las anteriores disposiciones de este artículo, la prisión no podrá exceder de dos tercios de la pena establecida para la comisión del delito del que provienen las cosas o títulos valores poseídos ilegítimamente.

Si el culpable ejecuta habitualmente el aprovechamiento de las cosas provenientes de la comisión de delito que castiga este artículo, adquiriéndolas de personas consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o enervantes, o por canje de las mismas que hagan a niños, niñas y adolescentes, la pena será de prisión, agravada en una tercera parte de las aquí previstas y en el caso de que el objeto provenga de la comisión de los delitos previstos, y sancionados en los artículos 405, 406, 407, 413, 414, 415, 451, 452, 453, 455, 457, 458 y 460 de este Código, la agravación de la pena será de una tercera parte, sin derecho a los beneficios procesales que le concede la ley penal."

Sujeto activo:	Puede ser cualquiera, excluido el autor o copartícipe del delito precedente, como se desprende de la frase que aparece en la primera parte del artículo "sin haber tomado parte en el delito mismo". Es indiferente que el culpable sea o no un receptor habitual, pero si es persona que ejecuta habitualmente los hechos de aprovechamiento de cosas provenientes de delito, la pena es mayor.
Acción:	1. Adquirir, recibir, esconder dinero o cosas provenientes de delito. Sin haber tomado parte en el delito mismo y fuera de los casos de los artículos 254, 255, 256 y 257. 2. Entrometerse en cualquier forma. Para que se adquieran, reciban y escondan. Sin haber tomado parte en el delito mismo y fuera de los casos de los artículos 254, 255, 256 y 257.
Sujeto pasivo:	Comunidad.
Objeto material:	Dinero o cosas provenientes de delito.
Iter criminis:	El aprovechamiento de cosas provenientes de delito se consuma con la adquisición, el recibo o el ocultamiento del dinero o de la cosa o con el cumplimiento de los actos de intromisión.
Elemento subjetivo:	Vid. 2, acción.
Penalidad:	Prisión: 3 años a 5 años.
Sub – tipo agravado:	a) Si el dinero o cosas provenientes de delito castigado con pena restrictiva de la libertad individual por tiempo mayor de 5 años, la pena será de 5 años a 8 años. b) Disposición penológica: la prisión no excederá de la mitad de la pena establecida para el delito de quienes proveyan las cosas. c) Habitualidad: último aparte. Prisión: 1 a 3 años, (1° caso). 18 meses a 5 años (2° caso).

1. Doctrina:

Tradicionalmente el delito de receptación se inserta en los delitos contra la propiedad constituyendo conductas ulteriores al delito por lo que se ubica en una fase posterior del iter crimen del delito cometido, sin embargo, en la nueva descripción producto de la reforma, se incluyen unas modalidades en que los objetos no se refieren solamente a los pasivos sino a los activos de la perpetración, utilizándose la expresión "que formen parte del cuerpo del delito", y a delitos en los que se tutelan bienes jurídicos distintos a la propiedad, tal como la vida, integridad física, salud, o delitos contra el Sistema de Protección del Niño y el Adolescente.

Mendoza Troconis admite la configuración del delito en productos de actividad de corrupción sexual, hechos contra las personas, delitos contra la cosa pública, falsedades, apuntando que no es necesario que la ilicitud de las cosas haya sido declarada por una sentencia, bastando que no sea excluida su procedencia delictuosa en el proceso y que el receptador conozca las circunstancias del delito por medio del cual se han obtenido.[205]

La conducta típica es alternativa, pudiendo ser la de adquirir, recibir o esconder objetos activos o pasivos de la perpetración de otro delito, tal como moneda nacional o extranjera, títulos valores o efectos mercantiles, así como cualquier cosa mueble proveniente de delito. La conducta también puede consistir en entrometerse para que se realicen las anteriores conductas, por lo que el agente se convierte en un verdadero intermediario entre los agentes del delito principal y los aguantadores. Se trata de un delito instantáneo y el momento consumativo es aquél en el que se perfecciona la adquisición, se recibe, o se esconden las cosas. El intermediario agota la acción típica cuando ejecuta cualquier acto de mediación idóneo para hacer que se adquieran, reciban, o escondan.

El tipo contiene dos condiciones negativas a saber:

a) Que la conducta no sea constitutiva del delito de encubrimiento, condición que será difícil deslindar cuando se trate de objetos activos de la perpetración, tales como armas, por lo que el juzgador deberá

[205] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 511

establecer si el dolo del agente era encubrir, y si el bien jurídico que resultó lesionado es el de administración de justicia, en cuyo caso, deberá descartar el delito de aprovechamiento de cosa proveniente de delito y optar por el delito de encubrimiento.

b) Que el sujeto activo no haya tenido parte en el delito mismo, por que si la tuvo, será entonces, autor o cómplice.

El tipo contiene varias formas agravadas a saber:

a) La primera agravante específica se relaciona con la penalidad del delito cometido y del que provienen las cosas objeto de la receptación, por lo que habrá de examinarse el delito en cuanto a la pena y si ésta es corporal y superior a los cinco años, la pena a imponer oscilará entre los cinco y los ocho años, pero en ningún caso podrá exceder de dos tercios de la pena establecida para la comisión del delito del que provienen las cosas o títulos valores poseídos ilegítimamente.

b) La segunda circunstancia agravante es cuando el sujeto activo del delito es funcionario público encargado de la aprensión o investigación penal, quien puede actuar bien en forma individual o en concierto para delinquir aún con los propios agentes del delito principal. En este caso la pena a imponer es de cinco a ocho años de prisión, sin que exceda de los tercios del delito perpetrado con anterioridad y además se establece una pena accesoria que es destitución inmediata del cargo que ejerza.

En este supuesto, debe deslindarse cuando se trata de esta conducta y no del delito de encubrimiento y de la otra condición negativa del tipo que exige que no se haya tenido parte en el delito mismo, pues la agravante contiene la posibilidad que haya actuado en concierto para delinquir, lo que supone por lo menos una forma de complicidad.

c) Si el culpable ejecuta habitualmente el aprovechamiento de las cosas provenientes de la comisión de delito que castiga este artículo. Para Chiossone la expresión se refiere a personas que habitualmente trafican con estas cosas, conocidos como "aguantadores". En este caso la pena correspondiente se agrava en una tercera parte.

d) Que las cosas se adquieran de personas consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o enervantes. En este caso además de requerirse la procedencia ilícita del objeto acción de la acción típica, la persona que la entrega ha de tratarse de un consumidor de una de las sustancias especificadas en la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Busca protegerse así además la salud del farmacodependiente quien a los efectos de poder obtener la sustancia de la que depende y evitar los efectos del síndrome de abstinencia, procede a realizar delitos contra la propiedad tales como robos leves, hurtos que en algunos casos pueden afectar a familiares, amigos o allegados. En este caso la pena correspondiente se agrava en una tercera parte.

e) Cuando las cosas provenientes del delito le sean canjeadas a niños y adolescentes. En este supuesto además de la tutela a la propiedad, se protege el Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, definido en el artículo 117 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescentes y entre cuyos medios se encuentra un régimen de sanciones. Con el castigo de esta conducta se busca proteger a los niños y adolescente de relacionarse con personas que hacen del delito su fuente de ingresos y que puedan optar por la realización de la comisión de delitos. En este caso la pena correspondiente se agrava en una tercera parte.

f) En el caso de que el objeto provenga de la comisión de los delitos de homicidio intencional simple, homicidio calificado, homicidio agravado, lesiones genéricas, gravísimas y graves, hurto simple, hurto agravado, hurto calificado, robo propio, robo de documentos, robo agravado y secuestro. En cuanto a los delitos contra la propiedad han de ser los descritos en el Código Penal y no en la legislación penal colateral. La agravación de la pena será de una tercera parte, sin derecho a los beneficios procesales que le concede la ley penal.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de aprovechamiento de cosas provenientes de delito. Antes 472, ahora 470.
- En el encabezado se cambió "*...dinero o cosas provenientes de delito...*" por "*...moneda nacional extranjera, títulos valores o efectos mercantiles, así como cualquier cosa mueble proveniente de delito...*". Se cambió "*...o cosas*" por "*...documentos o cosas, que formen parte del cuerpo de delito...*". Se modificó la penalidad. Antes era de prisión de 3 meses a 1 año. Ahora es de 3 a 5 años de prisión.

- En el primer aparte se agregó: "*...los títulos o efectos mercantiles...*". En el anterior artículo se establecía pena de prisión de 6 meses a 2 años cuando la pena era mayor de 30 meses. Ahora la pena es de 5 a 8 años cuando es mayor a 5 años. Además se agregó a este aparte lo siguiente: "*Cuando el aprovechamiento de cosas provenientes de delito sea cometido por funcionario público encargado de la aprensión o investigación penal, individualmente o en concierto para delinquir, serán castigados con las penas previstas en el último aparte de este artículo y procederá su destitución inmediata del cargo que ejerza.*"
- El tercer aparte del artículo anterior establecía que "*...no podrá exceder de la mitad de la pena establecida...*", en el artículo reformado se establece que no podrá exceder de dos tercios de la pena establecida.
- El último aparte fue ampliado estableciendo que "*Si el culpable ejecuta habitualmente el aprovechamiento de las cosas provenientes de la comisión de delito que castiga este artículo, adquiriéndolas de personas consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o enervantes, o por canje de las mismas que hagan a niños, niñas y adolescentes, la pena será de prisión, agravada en una tercera parte de las aquí previstas y en el caso de que el objeto provenga de la comisión de los delitos previstos, y sancionados en los artículos 405, 406, 407, 413, 414, 415, 451, 452, 453, 455, 457, 458 y 460 de este Código, la agravación de la pena será de una tercera parte, ...*". Además de eliminar los beneficios procesales.

3. Marco Jurisprudencial:

"*...No consta en autos que los encausados...tuvieran conocimiento de que las joyas que les dio en prenda y las que les vendió el encausado principal tuvieron procedencia ilícita; lo que es indispensable para la creación de la figura jurídica del delito previsto y castigado en el artículo 472 C.P....*" (Sentencia de 9/03/1945. Corte Suprema del Distrito Federal)

"*El objeto del presente proceso ha sido limitado por el Ministerio Público en sus cargos al delito definido y penado en el artículo 472 del C.P., figura delictiva de naturaleza subsidiaria, cuya tipicidad depende de que exista la previa calificación de que las cosas adquiridas provengan, a su vez de delito. Ello implica en el caso enjuiciado la absoluta necesidad de probar procesalmente la existencia de un delito contra la propiedad realizado por J.T. al apoderarse de determinadas mercancías de la casa de abastos de R.A. en Maiquetía, como delito previo necesario para que las conductas de los procesados C.R. y V.I. puedan encuadrarse del artículo 472 de C.P.O. lo que es lo mismo, los procesados no pueden ser considerados como reos de aprovechamiento de cosas provenientes de delitos, sin que previamente y como supuesto procesal necesario se haya producido un pronunciamiento judicial que califique de delito la conducta seguida por J.T. para obtener las mercancías que después vendió a los procesados*". (Sentencia de 22/09/1955. 1IP3-242-1. JTR. Vol. IV, Tomo 1°, p. 122).

"*Para que pueda tipificarse la figura delictiva de "aprovechamiento de cosas provenientes de delito", es necesario que previamente se haya cometido el delito principal de que proviene la cosa, y del cual se genera el hecho nuevo consistente en su aprovechamiento*". (Sentencia de 2/2/60. LASP-1-10. JTR. Vol. VIII, p. 79).

"*...Ahora bien, es importante destacar que el delito por el cual el Ministerio Público solicitó el procedimiento de flagrancia e imputó cargos, fue el delito de aprovechamiento de cosas provenientes del delito y éste es diferente al delito de robo o hurto aunque deriva uno del otro. No necesariamente se es responsable de ambos delitos al mismo tiempo...*" (Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 835 del 20 de noviembre de 2001).

CAPÍTULO VI
De las Usurpaciones

DELITO DE REMOCIÓN O ALTERACIÓN DE LINDEROS Y DESVIACIÓN DE AGUAS - USURPACIONES

Artículo 471

"Quien para apropiarse, en todo o en parte, de una cosa inmueble de ajena pertenencia o para sacar provecho de ella, remueva o altere sus linderos o límites, será castigado con prisión de un año a cinco años.
A la misma pena queda sujeto el que para procurarse un provecho indebido, desvíe las aguas públicas o de los particulares.
Si el hecho se ha cometido con violencia o amenazas contra las personas, o por dos o más individuos con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión se aplicará por tiempo de dos años a seis años; sin perjuicio de la aplicación, a las personas armadas, de la pena correspondiente al delito de porte ilícito de armas."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	1. Remover o alterar los límites de una cosa inmueble.
	2. Desviar las aguas públicas o de los particulares.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	1. El poseedor del inmueble afectado.
	2. Cualquiera que tenga un derecho sobre el agua.
Penalidad:	a) Prisión de 1 a 5 años. b) Prisión de 2 a 6 años si el hecho se ha cometido con violencia o amenazas contra las personas, o por dos o más individuos con armas, o por más de diez sin ellas.

1. Doctrina:

El bien jurídico tutelado es el derecho de propiedad que se ejerce sobre un bien inmueble, estimándose de peligro en cuanto a la acción comitiva que Mendoza califica de instantánea y que puede asumir la forma de permanencia, precisando que no admite la tentativa y que se consuma en el momento en que los linderos se remueven o se alteran.

La acción consiste en remover o alterar los límites de una cosa inmueble. Remover es pasar una cosa de un lugar a otro: alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa, también, perturbar, trastornar. No será constitutiva de esta conducta el daño causado a los signos del lindero, por ser constitutivo del delito de daños, la invasión al fundo ajeno sin remover los límites, por constituir el delito de invasión de terreno, arrancar los postes y las alambradas y llevárselas, por ser hurto.[206] La norma se refiere a los inmuebles concepto en que quedan comprendidos los predios urbanos o rurales, siendo suficiente que estén delimitados por signo exteriores que los deslinden.

En cuanto al elemento subjetivo se requiere el dolo de apropiarse en todo o en parte del fundo ajeno o para sacar provecho de él. Entre los actos de aprovechamiento entra realizar las conductas de un enfiteuta, arrendatario o usufructuario, pues con la remoción de los linderos puede obtener mayor provecho del inmueble. No exige el tipo que se logre la apropiación o el provecho, bastando la posibilidad del beneficio. [207]

Otra modalidad contenida en el tipo es el delito de desviación de aguas, consistiendo la acción típica en desviar las aguas públicas o de los particulares. Para Mendoza, no se requiere alterar el curso normal de las aguas para que exista desviación, siempre que se saque agua en cantidad tal que perjudique el derecho de goce que de ella tenga un tercero, por ello, la extracción o excavación hecha en un fundo que alcance un manantial, para apropiarse del agua, son actividades comprendidas en este delito. Se trata de un tipo de lesión de carácter instantáneo.[208]

El objeto material de la acción típica lo constituyen las aguas corrientes, por ello si el agua se encuentra almacenada el delito será el de hurto. Para Manzini, citado por Chiossone, el agua aquí considerada es la que se encuentra en su estado natural o en otro estado de cosa inmueble, esto es, en su masa fluida o estancada que periódicamente se renueva por causas naturales o artificiales, por lo que los derechos patrimoniales sobre el agua así entendida, tienen por objeto, no una determinada cantidad de agua, separada de la masa, sino la propia masa.[209]

[206] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 515.
[207] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 516.
[208] MENDOZA TROCONIS, José Rafael. Ob. cit., p. 517.
[209] CHIOSSONE, Tulio. Ob. cit., p. 507.

En cuanto al elemento subjetivo debe existir la voluntad consciente de desviar las aguas con el propósito de procurarse un provecho indebido, otro fin del agente, será constitutivo de otro delito en atención al resultado producido.

El tipo contiene una forma agravada en relación con las dos figuras anteriores, resolviéndose la agravante en una pena que oscila entre dos y seis años de prisión.

Las circunstancias que agravan el delito son:

a) En cuanto a los medios de comisión el empleo de violencia o amenazas contra las personas.

b) En cuanto al número de sujetos que intervienen en el hecho y los medios de comisión empleados, que se ejecute por dos o más individuos con armas, o por más de diez sin ellas.

En caso que concurra el uso de armas por existir además lesión al bien jurídico orden público entrará en concurso real con el delito de porte ilícito de arma de fuego o de uso indebido de arma de fuego.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de remoción o alteración de linderos y desviación de aguas - Usurpaciones. Antes 473, ahora 471.
- Se modificó la penalidad. Antes era de prisión de 4 a 15 meses. Ahora es de 1 a 5 años.
- Se modificó la penalidad establecida en el último aparte. Antes era de 6 a 30 meses. Ahora es de 2 a 6 años.

3. Marco Jurisprudencial:

Usurpación

"El delito de apropiación es de acción pública, puesto que no está comprendido entre los que sólo producen acción privada; y se comete el delito de usurpación de inmuebles cuando alguno se los apropia sin ningún título o con título manifiestamente inválido; cuando se los apropia con

título valedero, pero entendido o aplicado de aplicado de una manera manifiestamente errónea y de mala fe, en perjuicio de terceros o cuando se hace uso de esta clase de bienes sin ningún derecho, no con ánimo de apropiárselo sino de usufructuarlos por algún tiempo". (Memoria de la Corte Federal y de Casación. 1883. Sentencia de 23/11/1882. p. 87).

Jurisprudencia Extranjera:

CHILE

"Los hechos referidos y ponderados por el primer motivo del fallo apelado y que resumen la investigación realizada en estos autos, nos dan cuenta que un grupo reducido de mapuches, sin provocar daño alguno, se instalaron durante un par de días dentro de un predio que estiman pertenecía a sus antepasados, como una forma de efectuar una presión política y social organizada por su grupo étnico, a fin de llamar la atención de las autoridades llamadas a dar solución a sus demandas.

El carácter pacífico de esta ocupación transitoria, la falta de ánimo de lucro de quienes la realizaron y las razones que los motivaron, se desprenden de todas las diligencias y antecedentes del juicio, especialmente de la inspección personal del Tribunal, de las declaraciones del propio denunciante, de la indagatoria de los procesados y de las declaraciones de los participantes en los actos. A fin de estimar tipificado un delito es necesario que conste de autos, amén de las exigencias formales o materiales propias del mismo, el dolo en la actuación del o de los hechores, que también le es propio al tipo. En la especie, no sólo no consta ánimo doloso alguno, sino más aún, está acreditado legalmente en la causa en motivo único como se señala en el basamento primero de este fallo, que movió a la encausada para actuar en la forma en que lo hizo y que, además, se enmarca en una realidad socio-política general del pueblo mapuche en estos días. La acción realizada por el grupo dirigido por los imputados podrá ser comprendida o rechazada, pero no es constitutiva de delito." (Corte Suprema. 21.01.2001. Número 1.913-01).

DELITO DE INVASIÓN DE TERRENOS

Artículo 471-A

"Quien con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno, inmueble o bienhechuría, ajenas, incurrirá en prisión de cinco años a diez años y multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a doscientas unidades tributarias (200 U.T.). El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, acarreará la pena anterior rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte.
La pena establecida en el inciso anterior se aplicará aumentada hasta la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.
Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.
Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos. Será eximente de responsabilidad penal, además de haber desalojado el inmueble, que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Invadir terreno, inmueble o bienhechuría, ajenos.
Medios de Comisión:	Los idóneos.
Sujeto Pasivo:	El poseedor del inmueble afectado.
Penalidad:	Prisión de 5 a 10 años y multa de 50 U.T. 200 U.T. Podrá ser rebajada a criterio del juez hasta en una sexta parte cuando no obtenga provecho del delito. Se aplicará aumentada hasta la mitad para el primer aparte. Se incrementará la pena a la mitad de la pena aplicable para el segundo aparte. Se rebajarán hasta en las dos terceras partes para el último aparte.

1. Doctrina:

La conducta típica consiste en invadir que significa entrar sin derecho legítimo a ocupar un espacio que no le corresponde a alguien. El objeto material de la acción típica recae sobre un terreno, inmueble o bienhechuría, bienes inmuebles que pueden consistir en parcelas de terrenos, fundos, casas, apartamentos, edificaciones, galpones, viviendas informales, etc. Cuando el objeto material de la acción sea un terreno ubicado en zona rural, se erige en una forma agravada, debiendo incrementar la pena a la mitad de la pena aplicable.

El tipo es de medios resultativos por lo que puede ser en forma violenta o pacífica. El delito para su consumación requiere además de la conducta de invadir que se obtenga el provecho buscado por el agente para sí o para un tercero. El elemento subjetivo del tipo consiste en el propósito del agente de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito.

El solo hecho de invadir, sin que se obtenga provecho, constituye una forma atenuada de delito que deberá ser apreciada por el Juez y podrá rebajar la pena hasta en una sexta parte.

En cuanto a los sujetos el tipo es de sujeto activo indiferente o indeterminado, pero se distingue entre el simple invasor y quienes organizan, promueven y dirigen la invasión, en cuyo caso la pena se aplicará aumentada hasta la mitad.

Se consagra como circunstancia atenuante específica el hecho que cesen los actos de la invasión y se produzca el desalojo de los bienes inmuebles invadidos, lo que deberá suceder antes de un momento procesal determinado: "antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia".

El tipo contiene una causa específica eximente de responsabilidad penal, de doble contenido en cuanto a las exigencias al sujeto activo: haber desalojado el inmueble y que el invasor o invasores comprueben haber indemnizado los daños causados a entera satisfacción de la víctima. Se consagra así como eximente de responsabilidad la reparación a la víctima, la que puede hacerse a través de la figura de los acuerdos reparatorios que produce como efecto procesal la extinción de la acción penal.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de invasión de terrenos. Antes 473, ahora 471-A.

- Este artículo es una novedad.

3. Marco Jurisprudencial:

Jurisprudencia Extranjera:

COLOMBIA

"INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES-Provecho ilícito

Resulta definitiva la característica del tipo penal que expresamente califica el hecho de la invasión refiriéndose al propósito de obtener provecho ilícito, pues ella elimina la posibilidad de aplicarlo para sancionar a quien obra de buena fe. Justamente esa calificación, que define el delito, hace compatible su consagración con las reglas del Estado Social de Derecho." (Corte Constitucional. Sentencia C-157/97. 19-03-97).

DELITO DE PERTURBACIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN

Artículo 472

"Quien, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturben la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, será castigado con prisión de un año a dos años, y resarcimiento del daño causado a la víctima de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a cien unidades tributarias (100 U.T.).
Si el hecho se hubiere cometido por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, la prisión será de dos años a seis años; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Perturbar la posesión pacífica de un fundo ajeno.
Medios de Comisión:	Violencia contra las personas.
Sujeto Pasivo:	El poseedor pacífico.
Penalidad:	Prisión de 1 a 2 años, y resarcimiento del daño causado a la víctima de 50 a 100 U.T. Aumenta de 2 a 6 años para el primer aparte; e igualmente se aplicará la pena respectiva por el porte ilícito de armas.

1. Doctrina:

El bien jurídico tutelado es la propiedad, puntualizando Grisanti Aveledo que se protege la posesión pacífica de los fundos, contra los actos de violencia ejercidos sobre las personas que tienen la calidad de poseedores y que se materializan en la perturbación. Estima el autor que la posesión es la pacífica no requiriéndose que sea legítima según las previsiones del artículo 772 del Código Civil.[210] El tipo contiene una condición negativa que consiste en que la conducta no sea constitutiva de los delitos de remoción o alteración de terrenos ni el de invasión de terrenos y se trata de una descripción de medios determinados que requieren el empleo de la violencia sobre las personas o sobre las cosas. La acción consiste en perturbar la posesión pacífica de un fundo ajeno, pudiendo estar representada por cualquier acto material externo, con el

[210] GRISANTI AVELEDO, Hernando. Ob. cit., p. 354.

cual se ejercite un derecho patrimonial y real sobre la finca de otro, o se turbe un ejercicio semejante del poseedor. La pena es de carácter corporal y una para resarcir el daño a la víctima de carácter pecuniario estimado en unidades tributarias.

El tipo contiene como circunstancias agravantes específicas el que se hubiere cometido el hecho por varias personas con armas, o por más de diez sin ellas, procediendo a entrar el delito en concurso real con el de porte ilícito de arma de fuego.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo del delito de perturbación violenta de la posesión. Antes 474, ahora 472.
- Se amplió el objeto material, ya que en el artículo anterior se indicaba la perturbación de "*... la posesión pacífica de un fundo ajeno, ...*", en cambio, el artículo reformado establece "*... la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, ...*".
- Se modificó la penalidad. Antes era de 1 a 6 meses de prisión. Ahora es de prisión de 1 a 2 años y resarcimiento del daño causado a la víctima de 50 U.T. a 100 U.T.
- Se modificó la penalidad establecida en el primer aparte. Antes era de prisión de 6 a 18 meses. Ahora es de prisión de 2 a 6 años.

LIBRO TERCERO
DE LAS FALTAS EN GENERAL

TÍTULO I
De las Faltas Contra el Orden Público

CAPÍTULO VIII
De la Perturbación Causada en la Tranquilidad Pública y Privada

FALTA DE PERTURBACIÓN DE REUNIONES PÚBLICAS

Artículo 506

"Sin menoscabo del ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que regulan la materia, todo el que con gritos o vociferaciones, con abuso de campanas u otros instrumentos, o valiéndose de ejercicios o medios ruidosos, haya perturbado las reuniones públicas o las ocupaciones o reposo de los ciudadanos y ciudadanas en su hogar, sitio de trabajo, vía pública, sitio de esparcimiento, recintos públicos, privados, aeronaves o cualquier medio de transporte público, privado o masivo, será penado con multas hasta de cien unidades tributarias (100 U.T.), aumentándose hasta doscientas unidades tributarias (200 U.T.) en el caso de reincidencia.

Si el hecho ha sido cometido contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, un Ministro del Despacho, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los estados, Alcaldes, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, de un Gobernador de estado, o de algún miembro de la Fuerza Armada Nacional, de la Policía, o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones, podrá imponerse arresto de tres meses a cuatro meses y la multa podrá ser hasta de quinientas unidades tributarias (500 U.T.)."

Sujeto Activo:	Cualquiera.
Acción:	Perturbar las reuniones públicas o las ocupaciones o reposo de los ciudadanos y ciudadanas en su hogar,

	sitio de trabajo, vía pública, sitio de esparcimiento, recintos públicos, privados, aeronaves o cualquier medio de transporte público, privado o masivo.
Medios de Comisión:	Con gritos o vociferaciones, con abuso de campanas u otros instrumentos, o valiéndose de ejercicios o medios ruidosos.
Sujeto Pasivo:	Cualquiera.
Penalidad:	Multas hasta de 100 U.T., aumentándose hasta 200 U.T. en el caso de reincidencia. Para el supuesto del primer aparte podrá imponerse arresto de 3 a 4 meses y la multa podrá ser hasta de 500 U.T.

1. Doctrina:

Se trata de una falta inserta en el Capítulo que regula las faltas concernientes a la perturbación causada en la tranquilidad pública y privada, por lo que es este el bien jurídico objeto de tutela sin que ello se traduzca en menoscabo del ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que regulan la materia.

La conducta típica consiste en:

a) Perturbar las reuniones públicas
b) Perturbar las ocupaciones o reposo de los ciudadanos

Los medios de comisión pueden ser los gritos, vociferaciones, uso abusivo de campanas u otros instrumentos, ejercicios violentos o medios ruidosos. Contiene la descripción como referencias espaciales que el acto de perturbación sea el hogar o sitio de trabajo del sujeto pasivo, en la vía pública, en un sitio de esparcimiento como restaurantes, cines, teatros, recintos públicos, privados, aeronaves o cualquier medio de transporte sea público, privado o masivo.

Como circunstancia agravante del delito se consagra en atención al sujeto pasivo que el acto de perturbación se haga contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de laRepública, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, un Ministro del

Despacho, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los estados, Alcaldes, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, de un Gobernador de estado, en todo caso.

En la persona de algún miembro de la Fuerza Armada Nacional, de la policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones.

2. Cambios con la reforma:

- Se modificó la numeración del artículo contentivo de la falta de perturbación de reuniones públicas. Antes 508, ahora 506.
- Se inicia el encabezado agregando al comienzo: *"Sin menoscabo del ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes que regulan la materia, ..."*
- Se suprimió en el encabezado *"...medios ruidosos, faltando a las disposiciones de la ley o de los reglamentos, haya perturbado las reuniones públicas, ..."*.
- Se agregó en el encabezado *"...en su hogar, sitio de trabajo, vía pública, sitio de esparcimiento, recintos públicos, privados, aeronaves o cualquier medio de transporte público, privado o masivo,..."*.
- Se aumentó la penalidad. Antes era multa hasta de Bs. 25, pudiendo ser hasta de Bs. 50, en el caso de reincidencia en la misma infracción. Ahora es de 100 U.T., aumentándose hasta 200 U.T. en el caso de reincidencia.
- Se suprimió el primer y segundo aparte del artículo anterior que establecía: *"Si el hecho fuere cometido en las primeras horas de la noche, la multa será de veinte a cincuenta bolívares y podrá imponerse hasta de cien bolívares en caso de reincidencia en la misma infracción.*

  Si el hecho ha sido capaz de producir alarma en el público, a la multa podrá agregarse el arresto hasta por un mes."

  En su lugar se colocó: *"Si el hecho ha sido cometido contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los*

Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, un Ministro del Despacho, diputado o diputada de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados, Alcaldes, de Rector o Rectora del Consejo Nacional Electoral, o Procurador General o Fiscal General o Contralor General de la República, o Gobernadores de Estado. En la persona de algún miembro de la Fuerza Armada Nacional, de la policía o de algún otro funcionario público, siempre que respecto a estos últimos el delito se hubiere cometido a causa de sus funciones, podrá imponerse arresto de tres meses a cuatro meses y la multa podrá ser hasta de quinientas unidades tributarias (500 U.T.).". Lo cual es una novedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALID ZOPPI, Pedro: *El Veto Presidencial y la Corte Suprema de Justicia (Discurso de apertura de las actividades judiciales para el año 1985)*. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1985.

ANDUEZA, José Guillermo: *El Congreso, Estudio Jurídico*. Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1993.

ANTOLISEI, Francesco: *Manual de Derecho Penal*. 8ª edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1988.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto: *Derecho Penal Venezolano*. Novena edición. Mc Graw Hill. Caracas, 2001.

AYALA CORAO, Carlos M.: *El Régimen Presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma (Evaluación crítica de la propuesta de un Primer Ministro en Venezuela)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992.

BINDER, Alberto M.: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. AD-HOC s.r.l. Primera edición, 1993.

BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Instituciones Políticas y Constitucionales (Tomos III y VI)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996.

BRICEÑO LEÓN, Humberto: *La Acción de Inconstitucionalidad en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1991.

CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 1997.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Volumen II. Cuarta edición. Editorial TEMIS. Bogotá. 1985.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo IV. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1968.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura: *La prescripción de la acción penal en Costa Rica*. Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, C.R. 2000.

CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972.

FEBRES CORDERO, Héctor: *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 1993.

FRÍAS CABALLERO, Jorge. *El Proceso Ejecutivo del Delito*. Editorial Bibliografía. Argentina, Buenos Aires.

FUENMAYOR, Federico: *Consideraciones Generales sobre la Reforma Legal en materia Penal. Hacia una Reforma Sustancial del Código Penal en el Marco de la Constitución de 1999*. Revista N° 125 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas. 2003.

GODOY FONSECA, Pablo: *Comentarios al Código Penal venezolano que rige desde el día 16 de setiembre del año 1926*. Tipografía Americana. Caracas. 1930.

GONZÁLEZ, Carlos Rey: *La prescripción de la infracción penal*. 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas. Segunda edición. Madrid. 1989.

GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 1972.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Cuarta edición. Editorial Comasres. Granada.

LA ROCHE, Humberto J.: *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*. Universidad del Zulia, Maracaibo, 1972.

LÓPEZ BETANCOURT, Milagros: *Una Aproximación a las Leyes Orgánicas en Venezuela*. En: *Libro Homenaje a Enrique Tejera París (Temas sobre la Constitución de 1999)*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1989.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano*. Parte Especial. Tomo IV.

MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1946.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. REPPERTO R S.L. Barcelona. 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. 1999.

OCHOA, Francisco. *Exposición del Código Penal Venezolano*. Imprenta López, 1957.

OLBRICH, Gudrun: *Historia del Derecho Penal Venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la biblioteca EBUC. 1999.

OROPEZA, Ambrosio: *La Nueva Constitución Venezolana*. Italgrafica, Caracas, 1971.

PASTOR, Daniel: *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales*, en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales: Homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba. República Argentina. Marcos Lerner Editora Córdoba. 2001.

PÉREZ TREMPS, Pablo: *La Defensa de la Constitución en* Venezuela. En la obra: *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Curso de Derecho Penal*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1963.

RODRÍGUEZ CORRO, Gonzalo: *La prescripción de la acción penal*. Tipografía "Principios". Caracas, 1985.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español*. Decimotercera edición. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid. 1990.

RUGGERI PARRA, Pablo: *Derecho Constitucional Venezolano (Estudio Histórico-Jurídico)*. Industrias Gráficas Seix y Barral Hnos., Barcelona, 1953.

SAIN SILVEIRA, José Tadeo. *La prescripción de la acción penal como mecanismo de instrumentación de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas*. Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal. VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2005.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal*. Ediciones Nueva Argentina. Buenos Aires. 1988.

SOSA CHACÍN, Jorge: *Los delitos de Traición a la Patria*. Revista de la Facultad de Derecho. N° 20. Caracas. 1960.

TOVAR, Orlando: *Derecho Parlamentario*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973.

VALENCIA, José Enrique. *Hurto Calificado*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. II. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

WOLF, Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. Tipografía Americana, Caracas, 1945.

SENTENCIAS REVISADAS:

- Sentencia de la Corte Federal y de Casación. 01/06/1939
- Sentencia de la Corte Federal y de Casación. 24/04/1951
- Sentencia de la Corte Suprema del Distrito Federal. 09-03-1945
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno. 30-07-1985

- Sentencia de la Sala Constitucional. 17-05-2000. Número 386
- Sentencia de la Sala Constitucional. 25-06-2001. Número 1118
- Sentencia de la Sala Constitucional. 15-07-2003. Número 1942
- Sentencia de la Sala Constitucional. 29-04-2005. Número 687

- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 14-08-1974
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 06-12-1974
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 31-01-1975
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 23-01-1980
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 18-02-2000. Número 162
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 25-02-2000. Número 212
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 25-02-2000. Número 240
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 03-03-2000. Número 258
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 06-04-2000. Número 441
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 07-04-2000. Número 445
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 10-05-2000. Número 601
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 02-06-2000. Número 763
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 13-06-2000. Número 806
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 13-06-2000. Número 836
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 12-07-2000. Número 960
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 18-07-2000. Número 990
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 01-08-2000. Número 1096
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 10-08-2000. Número 1170
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 18-10-2000. Número 1294
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 24-10-2000. Número 1322
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 08-11-2000. Número 1452
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 21-11-2000. Número 1497
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 28-11-2000. Número 1557
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 19-12-2000. Número 1680
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 19-12-2000. Número 1681
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 19-12-2000. Número 1682
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 16-02-2001. Número 86
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 23-02-2001. Número 105
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 11-05-2001. Número 320

- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 20-11-2001. Número 835
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 10-12-2001. Número 869
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 02-05-2002. Número 214
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 22-05-2002. Número 246
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 28-05-2002. Número 255
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 14-08-2002. Número 401
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 24-09-2002. Número 426
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 26-11-2002. Número 522
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 14-05-2004. Número 159
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 22-06-2004. Número 222
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 24-11-2004. Número 460
- Sentencia de la Sala de Casación Penal. 05-04-2005. Número 68

- Sentencia del Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. 28-02-2005. Caso Willian Lara contra Tulio Alvarez
- Sentencia del Juzgado Décimo en Funciones de Juicio del Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. 23-04-2005. Caso Patricia Poleo
- Sentencia del 22/09/1955. 1IP3-242-1. JTR. Vol. IV, Tomo 1°, p. 122
- Sentencia del 02/02/1960. LASP-1-10. JTR. Vol. VIII, p. 79
- Memoria de la Corte Federal y de Casación. 1883. Sentencia de 23/11/1882. p. 87
- Sentencia de la Sala 1 de la Corte de Apelaciones del Área Metropolitana de Caracas. 08-03-2005. Expediente 1510.

- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 07/04/1995. Número 338
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 28/12/1995. Número 584
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 12/07/1996. Número 867

  Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 16/08/1996. Número 786
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 11/04/1997. Número 911
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 27/02/1998. Número 1763
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 15/11/1998. Número 1381

- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 15/11/2000. Número 2411
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 08/08/2001. Número 3182
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 25/03/2002. Número 3921
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 03/07/2002. Número 3905
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 07/08/2003. Número 4376
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 29/09/2003. Número 4328
- Argentina. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal. 23/04/2004. Número 4859

- España. Sentencia de fecha 28-05-1904; Gaceta 24-9-1904; tomo 72; pág. 543.
- España. Sentencia de fecha 23-10-1925; Gaceta 1-4-1926; tomo 112; pág. 595
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 28/11/2002. Número 1974/2002
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 23/12/2002. Número 2132/2002
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 03/02/2003. Número 2017/2002
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 03/03/2003. Número 349/2003
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 29/05/2003. Número 788/2003
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 14/11/2003. Número 1529/2003
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 12/01/2004. Número 1/2004
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 22/03/2004. Número 384/2004
- España. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 23/04/2004. Número 499/2004
- Chile. Corte Suprema. 21.01.2001. Número 1.913-01
- Colombia. Sentencia de la Corte Constitucional. 19-03-97. Número C-157/97
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. 16/11/1989. Número 25.515
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 29/03/2000. Número 13.311

- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 17-04-2001. Número 14.798
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 30/05/2001. Número 11.954
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 05/02/2002. Número 13.662
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 21/02/2002. Número 15.412
- Colombia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 14/02/2002. Número 14693

- Paraguay. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 09/05/2001. Número: 209.

980-6760-08-5
lf48120053402936